

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

GUSTAVO SILVEIRA VIEIRA

**A DEMOCRATIZAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL: A ILICITUDE COMO
PONTO CEGO**

SÃO LEOPOLDO

2017

Gustavo Silveira Vieira

A Democratização da Prova no Processo Civil: a ilicitude como ponto cego

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

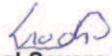
São Leopoldo

2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**A DEMOCRATIZAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL: A ILICITUDE COMO PONTO CEGO**" elaborada pelo mestrando **Gustavo Silveira Vieira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

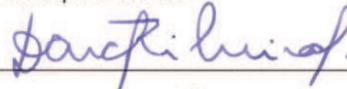
São Leopoldo, 11 de outubro de 2017.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

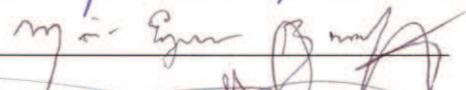
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dra. Maria Eugênia Bunchaft



Membro: Dr. Guilherme Botelho de Oliveira



AGRADECIMENTOS

A imensa alegria e satisfação que tenho neste momento, ascende do resultado obtido com esta pesquisa depois de aproximadamente dois anos de dedicação e estudos. Ao longo desse período, necessariamente precisei abdicar de momentos de convivência familiar e lazer entre amigos, abdições estas que estão sendo devidamente recompensadas com a conclusão desta dissertação.

Sem dúvidas, o resultado obtido com este trabalho não se deve apenas ao esforço que empreguei ao longo de todo o caminho percorrido, mas igualmente às diversas pessoas que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui.

Ao professor Darci Guimarães Ribeiro, processualista de destaque e com notório saber jurídico, agradeço imensamente por aceitar-me como orientando, dando-me a oportunidade de aprender em suas aulas, ler os livros de sua indicação e debater sobre essa temática tão instigante que é a do Direito probatório.

Agradeço também ao professor Wilson Engelmann, pelas instruções e pelo apoio dispensados na etapa precedente à qualificação do projeto. Igualmente ao professor André Luís Callegari, pelas dicas metodológicas e indicações bibliográficas concedidas na banca de qualificação do projeto de dissertação. À toda a equipe que integra o Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, parceiros de inquestionável importância, que sempre de bom humor e boa vontade prestam todo o auxílio necessário aos alunos. Ainda, ao professor Daniel Mitidiero, por ter sido um dos responsáveis por despertar em mim a paixão pelo Processo Civil.

Obviamente à minha família que, embora pequena, sempre foi meu porto seguro em todos os momentos difíceis. Beatriz, Fernando e Pedro: sem vocês, nada disso teria sido possível. Aos meus amigos, ainda àqueles que atualmente encontram-se distantes pelas mais diversas razões, saibam que cada um de vocês cimentou um tijolo na construção do meu alicerce: escadinha do 14, turma 179 da PUCRS (eterna), amigos do custo-benefício, Team Lenda, Machado Meyer, Zavagna Gralha e meus queridos alunos e colegas do IDC.

Àquelas pessoas que sempre torceram pela minha felicidade.

A todos esses, meu muito obrigado!

RESUMO

Pensar o Direito probatório de forma autônoma, para além de uma perspectiva meramente procedimental, é de suma importância para que esse direito fundamental possa ser devidamente utilizado por todos os operadores do Direito, em sua forma mais ampla e a partir de toda sua complexidade, visando a máxima eficiência dos meios de prova para a tutela dos direitos. Efetividade, segurança jurídica e instrumentalidade são exigências que norteiam o Processo Civil contemporâneo, sendo necessário, portanto, que tais valores sejam conjugados de forma dialética e equilibrada, para que, somente então, seja possível uma correta distribuição de funções entre todos aqueles que de alguma forma participam do processo. Necessariamente, essas funções somente poderão ser bem exercidas se os participantes do processo compreenderem a forma correta de se percorrer a fase instrutória com a devida utilização de todos os meios probatórios disponíveis. A prolação de uma decisão justa para a tutela adequada e efetiva dos direitos surge como o objetivo principal do processo, deixando-se de lado o que por muito tempo foi tido como sua finalidade precípua: a eliminação de litígios. Sendo o Direito – e o próprio Processo Civil – um fenômeno cultural, fruto de uma evolução histórica, obviamente que traz em seu contexto orientações lógicas, princípios éticos e hábitos sociais que se propagam no tempo através das mais diversas mentalidades de cada época. É diante desse contexto que o Direito probatório deve ser analisado e, somente a partir de então, os problemas correlatos que envolvem as provas ilícitas. Como intuitivo, é necessário combater toda e qualquer pretensão que busque relativizar normas constitucionais, como é o caso da regra da proibição da prova ilícita. No entanto, deve-se admitir que há casos tão complexos, que não é possível encontrar uma resposta pronta no ordenamento jurídico, e é exatamente nesses casos excepcionais, que o princípio da proporcionalidade, se corretamente utilizado, pode servir como um eficaz instrumento para coibir excessos.

Palavras-chave: Direito probatório. Prova ilícita. Decisão judicial. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

To think of probative law autonomously, beyond a purely procedural perspective, it is of the utmost importance for this fundamental right to be properly used by all the operators of the Law, in its broadest form and in all its complexity, aiming at the maximum efficiency of the means of proof for the protection of rights. Effectiveness, legal certainty and instrumentality are requirements that guide the contemporary Civil Process, so it is necessary that such values be conjugated in a dialectical and balanced way, so that only then be possible a correct distribution of functions between all those who participate in the process. Necessarily, these functions can only be well exercised if the participants in the process understand the correct way to go through the instructional phase with the proper use of all available evidence. The delivery of a fair decision for the proper and effective protection of rights emerges as the main objective of the process, leaving aside what has long been regarded as its primary purpose: the elimination of litigation. Being the Law - and the Civil Process itself - a cultural phenomenon, the fruit of a historical evolution, obviously that brings in its context logical guidelines, ethical principles and social habits that propagate in time through the most diverse mentalities of each epoch. It is facing this background that the evidentiary law must be analyzed and, only then, the related problems that involve the illicit evidence. As intuitive one, it is necessary to combat any pretension that seeks to relativize constitutional norms, as is the case of the rule prohibiting unlawful evidence. However, it must be admitted that there are cases so complex that it is not possible to find a ready response in the legal order, and it is precisely in these exceptional cases, that the principle of proportionality, if correctly used, can serve as an effective instrument to curb excesses.

Keywords: Probative law. Unlawful evidence. Judicial decision. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A RELAÇÃO TELEOLÓGICA ENTRE PROVA E VERDADE E A DIMENSÃO EPISTÊMICA DO PROCESSO.....	11
2.1 Teorias Sobre a Busca da Verdade.....	18
2.2 A (Ir)Relevância de se Trabalhar o Tema da Verdade a partir da Clássica Dualidade: verdade real vs. verdade relativa.....	23
2.3 Processo Justo, Decisão Justa e a Necessidade de um Procedimento Orientado à Busca da Verdade	31
2.4 A Existência de Controvérsia e Relevância sobre as Alegações de Fato como Pressuposto para a Necessidade de Produção Probatória	35
2.5 Fatos que Não Dependem de Provas	37
3 DEMOCRATIZAÇÃO DA PROVA E DECISÃO JUDICIAL	47
3.1 Do Ônus ao Dever de Provar: a Reestruturação da Responsabilidade Probatória e o Papel da Segurança Jurídica no Processo Civil Contemporâneo.....	50
3.2 A Cooperação Processual como um Incremento ao Ativismo Judicial?	57
3.2.1 Boa-Fé, Vedação de Conduta Contraditória e Lealdade Processual: o Comportamento da Parte como Meio de Prova	64
3.3 Limites do Juiz na Produção de Provas de Ofício: a Problemática do Artigo 370 do CPC e (de novo) a Figura do Ativismo Judicial.....	72
3.4 A Valoração da Prova e o Dever de Fundamentação: a Necessidade de Decisões Judiciais Baseadas em Princípios	76
4 PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS: CONCEITUAÇÃO E O PANORAMA DO DIREITO BRASILEIRO.....	85
4.1 A Ilegalidade da Prova nos Planos do Direito Material e Processual e Algumas Provas em Espécie	90
4.2 Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo.....	100
4.2.1 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e a Teoria da Exceção da Boa-Fé.....	103
4.3 Admissibilidade da Prova Ilícita no Processo e seus Problemas Correlatos	111
4.3.1 Admissibilidade da Prova Ilícita à Luz do Princípio da Proporcionalidade.....	116
5 CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS.....	133

1 INTRODUÇÃO

O objetivo primordial deste trabalho é demonstrar a autonomia do Direito probatório para além de uma perspectiva meramente procedimental. A partir de um novo paradigma, emergente do novo Código de Processo Civil, há um evidente redimensionamento de papéis e uma nítida ampliação – quantitativa e qualitativa - dos meios probatórios, que passam a ser vistos como argumentos a serem empregados na busca pela verdade e na formação do (não mais livre) convencimento motivado do juiz. Diante desse novo paradigma, o dever de fundamentação das decisões judiciais, que já era previsto na Constituição Federal de maneira genérica, adquire nova roupagem e fortalece ainda mais a democracia, no sentido de evitar ao máximo que decisões solipsistas possam prevalecer e, assim, enfraquecer o Direito.

Com o dever de fundamentação mais fortalecido que nunca, tendencialmente as decisões judiciais devem ser prolatadas de maneira mais justa, objetivando a aplicação de dois discursos possíveis, fazendo com que o Poder Judiciário não se preocupe apenas com o caso concreto, mas também com os efeitos subjacentes que irão repercutir em toda a sociedade. Portanto, é fácil perceber que Direito probatório e fundamentação das decisões judiciais são duas faces da mesma moeda, que devem caminhar de forma harmônica visando a efetiva tutela dos direitos.

Contudo, de nada adianta uma mudança legislativa se os intérpretes que criarão a norma - a partir do texto normativo - fecharem suas mentes para a nova realidade que vem à tona, a partir de argumentos rasos que vão de encontro a tudo aquilo que a nova legislação busca enfrentar. Ser contrário a todo o (exaustivo) trabalho legislativo, ou decidir conforme a própria consciência, por exemplo, são condutas que impossibilitam uma visão panorâmica de todas as necessidades que surgem a partir do novo diploma processual e, principalmente, do novo Direito probatório.

Partindo-se de tais premissas, o trabalho estrutura-se em três capítulos, possuindo, cada um deles, pontos de convergência que irão alicerçar a construção conceitual para a resolução do problema central proposto na pesquisa, que se relaciona com a temática das provas ilegais e a (im)possibilidade de sua utilização no processo.

O primeiro deles tem como proposta principal o estudo de alguns fundamentos do Direito probatório e de temas que podem ser caracterizados como de teoria geral da prova. Nesta perspectiva, são analisadas as principais teorias sobre a busca da verdade, a classificação dos fatos e a discussão existente em torno do conceito, do objeto e da finalidade da prova no Processo Civil.

O segundo capítulo se destina, principalmente, a demonstrar os fundamentos subjacentes ao direito, dever e ônus da prova. Inevitavelmente ascende desses temas a importância de estudos referentes ao direito fundamental à prova, lealdade e cooperação processual, regras de julgamento, distribuição e inversão do ônus da prova, ativismo judicial, valoração da prova, dever de fundamentação e a necessidade de decisões judiciais baseadas em princípios

Por fim, a terceira parte do trabalho se dedica ao estudo que objetiva resolver grande parte da problemática de um dos temas mais espinhosos do Direito probatório: a prova ilícita. É inegável que, embora seja de grande relevância para toda a comunidade jurídica, a doutrina nacional pouquíssima atenção dedica ao assunto, questão que pode ser facilmente percebida pela escassez bibliográfica relacionada à matéria, ao menos no âmbito do Processo Civil. Desse modo, a parte final da pesquisa busca construir um arcabouço teórico para enfrentar as principais controvérsias que circundam o assunto, como por exemplo, a diferenciação da ilegalidade da prova nos planos dos direitos material e processual (provas ilícitas e ilegítimas), como a doutrina e os tribunais lidam com questões concernentes às provas ilícitas e, principalmente, se há hipóteses em que é possível a admissão de determinada prova ilícita na perspectiva dos direitos fundamentais.

Diante dessas considerações, é possível que se perceba a existência de provas que são dependentes do ilícito e provas em cujo procedimento houve uma ilicitude. Diante desse panorama, há uma diferença substancial entre a ilicitude da prova no plano do Direito material e no plano do Direito Processual. A inadmissibilidade de provas obtidas através de meios ilícitos, nos termos do artigo 5º, LVI da CF, refere-se à violação de uma regra de Direito material, a exemplo dos direitos à dignidade da pessoa humana, à inviolabilidade da intimidade, do domicílio, da correspondência e da imagem, que pela própria imposição constitucional afasta a possibilidade de produção probatória que derivem de uma ilicitude nesse plano, exatamente pelo fato de que o ilícito é sua causa.

Nessa quadra, pode-se constatar que o processo abre mão da descoberta da verdade visando a proteção de direitos materiais que eventualmente possam ser violados, em decorrência de exigências superiores advindas da própria Constituição Federal. A questão que deve ser verificada, e que surge como um verdadeiro problema a ser trabalhado, relaciona-se exatamente com a possibilidade (ou impossibilidade) de que, excepcionalmente, uma prova seja produzida quando há violação de direitos para sua obtenção. Dessa forma, caso se verifique que é possível a produção probatória nesse sentido, deverão ser estabelecidos os critérios que devem

ser observados para que se admita uma prova (i) derivada de uma ilicitude ou (ii) em cujo procedimento houve violação de direitos. Esse é o problema que se pretende resolver, ou, ao menos, encontrar uma resposta adequada à luz da Constituição Federal

Considerando que os objetivos do trabalho já estão equacionados acima, bem como o problema devidamente delineado, exsurtem algumas hipóteses que são defendidas tanto por parte da doutrina como por parte da jurisprudência, sendo duas dessas hipóteses posturas totalmente radicais, e uma delas postura considerada intermediária, mas que na maioria das vezes dá ensejo a respostas finalísticas ao problema, algo que não pode ser aceito em um Estado Democrático de Direito.

De acordo com a primeira hipótese, deve prevalecer sempre o interesse da justiça no descobrimento da verdade, de modo que a ilicitude na obtenção não retira da prova o valor que lhe é inerente para a formação da convicção judicial. Nesse caso, a prova deve ser considerada admissível, mas o infrator não estaria ileso de responder pelo ilícito causado em relação ao direito violado. Para a segunda teoria, o Direito não poderia prestigiar comportamento ilegal e inconstitucional, tampouco poderia autorizar que alguém se beneficiasse em detrimento de outrem. Por fim, a terceira hipótese concerne a uma teoria intermediária que finca raízes entre as duas posturas radicais anteriormente vistas. Para os defensores de tal teoria, a prova ilícita somente poderia ser admitida no processo de forma excepcional, mediante a observância de determinados requisitos e com base no princípio da proporcionalidade.

O trabalho se vale do método fenomenológico hermenêutico – que se coaduna com a linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, denominada Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos - para verificar se a norma constitucional que proíbe as provas ilícitas poderia admitir algum tipo de exceção, e qual das hipóteses poderia ser utilizada para tanto. Não no sentido de mera relativização de preceitos constitucionais, mas no sentido de colimar a proteção de outros direitos igualmente dignos de tutela.

Na mesma quadra, a pesquisa se caracteriza de forma bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, provocando diversas reflexões a partir do cruzamento de tais técnicas, em que é possível verificar, de forma concomitante, pontos de convergência e de divergência, que ao final, resultam em um pensamento crítico que não pode se contentar com respostas prontas apresentadas antes mesmo de realizadas as perguntas. Não obstante as técnicas bibliográfica e legislativa tenham absoluta prevalência na pesquisa, utilizou-se também uma análise empírica de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal. A ferramenta utilizada foi a disponibilizada

no site do STF, no campo denominado “pesquisa de jurisprudência”, onde se inseriu a seguinte palavra-chave: “prova ilícita”. Feito isso, foram encontradas 249 decisões, que conforme metodologia adotada, escolheu-se apenas alguns julgados que melhor se comunicavam com o tema, respeitando o interregno compreendido entre 01/01/2007 e 01/01/2017 e a própria opção de se priorizar as análises bibliográfica e legislativa.

Nesse sentido, pode-se dizer que a dissertação consegue cumprir com a sua função, pois analisa as mais variadas teorias sobre o assunto proposto, confrontando posicionamentos e deixando claro que diversas ideias defendidas até os dias de hoje já estão ultrapassadas, merecendo os pensamentos crítico e reflexivo uma oxigenação, a partir de conceitos que busquem, acima de tudo, proteger a Constituição e os direitos fundamentais.

2 A RELAÇÃO TELEOLÓGICA ENTRE PROVA E VERDADE E A DIMENSÃO EPISTÊMICA DO PROCESSO

Ao longo do tempo muitos filósofos e estudiosos dedicaram grande parte de suas pesquisas para tentar responder alguns questionamentos sobre a verdade: “o que é a verdade¹?” ou ainda “como buscar a verdade?”. Como a temática já foi fruto de inúmeras pesquisas, diversas são também as conclusões a que se chegou para responder as questões acima. Em Aristóteles é possível encontrar a célebre formulação – que pode servir como ponto de partida para inúmeras construções acerca do tema – que afirma que “falso é dizer que o que é, não é, ou que o que não é, é; verdadeiro é dizer que o que é, é, e o que não é, não é; e assim, quem afirma que uma coisa é, ou que não é, estará dizendo uma verdade ou uma falsidade”.²

Não obstante a extensão do tema da verdade, os pontos de vista subjacentes ao assunto são cada vez mais elaborados e reavaliados pelas diversas áreas do conhecimento a partir de variáveis interpretações, a exemplo da filosofia, da lógica e da teologia. Desta forma, a pesquisa científica introduz com empirismo e racionalismo o aspecto tangível da verdade, cuja solidez reside na experiência e na evidência. Seja em relação aos fatos, as coisas, as tradições, as crenças ou as proposições, se percebe que a verdade, a partir de sua própria essência, oculta-se naturalmente. A incapacidade humana de acessar diretamente a verdade faz com que sua busca seja uma atividade incessante. Teoricamente, a filosofia e a ciência convergem no sentido de que, uma coisa é o mundo exterior fenomênico, material, tangível e objetivo, outra coisa é o mundo psíquico, mental, representável e subjetivo.³

Embora a filosofia e a ciência estejam voltadas para unificar a experiência do ser humano no mundo, muitas vezes se percebe que seus argumentos não se comunicam, situação que acaba por gerar confusões e impedir uma abordagem racional sobre determinados assuntos.

¹ “¿Qué es la verdad? Esta pregunta tan compleja en sí misma ha aparecido a lo largo de la historia en diferentes campos del conocimiento humano, y todos ellos intentan develarla a partir de múltiples perspectivas y opiniones. No se ha llegado a establecer concretamente si es una cuestión que se remite a un aspecto concreto de la realidad (verdad de ciencia natural) o si definitivamente en medio de las discusiones que puedan girar alrededor de la noción de verdad debemos valorar toda consideración que parta de supuestos culturales, sociales y personales. Pues bien, quizás la complejidad del asunto radica más allá de nuestra capacidad cognitiva al pretender abordar cuestiones que se salen de un marco epistemológico y que se ven relegadas a un plano tan abstracto como especulativo. Somos seres frágiles, efímeros, limitados, y a pesar de nuestra extraordinaria potencia intelectual somos insignificantes ante la complejidad de la vida.” GARCÍA, Juan Pablo Hurtado. El hombre: centro de su universo y de su verdad. Un acercamiento a la subjetividad en lacan y Schopenhauer. *Revista Affectio Societatis*, [S.l.], v. 9, n 17, p. 3-4, dez. 2012.

² ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969. Livro IV, 7, 1011b25, p. 107.

³ GARCÍA, op. cit., p. 3-4.

Nesse sentido, Juan Pablo Garcia⁴ esclarece que “*a partir de la psicología racional, el estudio de la condición humana adquiere cierto predominio de la subjetividad sobre la objetividad a la hora de referirse a la verdad para el hombre.*”

Marilena Chauí⁵ afirma que o desejo de verdade surge muito cedo nos seres humanos, como uma condição para que estabeleça confiança nas coisas e nas pessoas. Quando uma criança brinca, joga ou vê um filme, ela está sempre atenta para saber se “é de verdade ou de mentira”, pois quando realiza tais atividades cria um novo mundo, diferente do mundo onde, de fato, vive. Mesmo uma criança com pouca idade é deveras sensível à mentira dos adultos e, geralmente, sabe diferenciar muito bem a mentira do “de mentira”, pois no seu mundo de faz-de-conta – ou “de mentira” - não há uma desilusão, ao passo que quando um adulto quer que ela acredite em uma verdade que posteriormente revela-se como uma mentira, a criança experimenta um sentimento de desilusão e decepção.

A criança não se desilude com o “faz-de-conta”, pois tem ciência de que se trata de um “faz-de-conta”. Ela se ilude ou se decepciona quando percebe que querem que ela acredite como sendo “de verdade” alguma coisa que ela sabe ou que ela supunha que fosse “de faz-de-conta”, ou em outras palavras, se decepciona quando se depara com a mentira; os jovens se decepcionam e se desiludem quando descobrem que o que lhes foi ensinado e o que lhes foi exigido oculta a realidade, reprime sua liberdade ou diminui sua capacidade de ação e de compreensão; os adultos se decepcionam ou se desiludem quando enfrentam situações para as quais o saber adquirido, as opiniões estabelecidas e as crenças presentes em suas consciências não são suficientes para que compreendam o que se passa nem para que possam agir. Portanto, seja na criança, seja nos jovens ou nos adultos, “a busca da verdade está sempre ligada a uma decepção, a uma desilusão, a uma dúvida, a uma perplexidade, a uma insegurança ou, então, a um espanto e uma admiração diante de algo novo e insólito”.⁶

Entre os gregos⁷ as primeiras formulações sobre a verdade foram representadas como *aletheia* (ἀλήθεια), podendo ser traduzido como o descobrimento do ser, ou ainda algo não-

⁴ GARCÍA, Juan Pablo Hurtado. El hombre: centro de su universo y de su verdad. Un acercamiento a la subjetividad en lacan y Schopenhauer. *Revista Affectio Societatis*, [S.l.], v. 9, n 17, p. 3-4, dez. 2012.

⁵ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 112-113.

⁶ *Ibid.* p. 112-113.

⁷ “El vocablo 'verdad' se usa primariamente en dos sentidos: para referirse a una proposición y para referirse a una realidad. En el primer caso se dice de una proposición que es verdadera a diferencia de "falsa". En el segundo caso se dice de una realidad que es verdadera a diferencia de "aparente", "ilusoria", "irreal", "inexistente", etc. No es siempre fácil distinguir entre estos dos sentidos de 'verdad' porque una proposición verdadera se refiere a una realidad y de una realidad se dice que es verdadera. Pero puede destacarse un aspecto de la verdad sobre el otro. Tal ocurrió en la idea de verdad que predominó en los comienzos de la filosofía. Los filósofos griegos comenzaron por buscar la verdad, o lo verdadero, frente a la falsedad, la ilusión, la apariencia, etc. La verdad era en este caso idéntica a la realidad, y esta última era considerada como idéntica

oculto ou não-escondido. Portanto, o verdadeiro se opõe ao falso, que poderia ser definido como o encoberto, o escondido, o dissimulado, o que parece ser e não é. No entanto, os gregos não se preocuparam apenas em traduzir a verdade como realidade, mas também em demonstrar o papel da verdade a partir de certos enunciados. *“Esta relación del enunciado con la cosa enunciada ha sido llamada luego “correspondencia”, “adecuación”, “conveniencia”; la verdad es verdad del enunciado en cuanto corresponde con algo que se adecúa al enunciado y conviene con él.”*⁸

Passa-se então a ser possível verificar algumas questões centrais que diferenciam o pensamento religioso do pensamento racional. Na história de aletheia é possível perceber que essas conceituações acerca da verdade desaguam em dois caminhos; de um lado, tem-se os problemas das origens religiosas e seus influxos em determinados esquemas conceituais, por outro, coloca-se em evidência um aspecto do tipo de homem que o filósofo inaugura na cidade grega. Dessa forma, busca-se detectar nos aspectos de continuidade que tecem uma trama entre o pensamento religioso e o pensamento filosófico, as mudanças de significação e as rupturas lógicas que diferenciam radicalmente as duas formas de pensamento.⁹

a la permanencia, a lo que es, en el sentido de “ser siempre” — fuese una substancia material, números, cualidades primarias, átomos, ideas, etc. Lo permanente era, pues, concebido como lo verdadero frente a lo cambiante — que no era considerado necesariamente como falso, sino sólo como aparentemente verdadero sin serlo “en verdad”. Como la verdad de la realidad — que era a la vez realidad verdadera — era concebida a menudo como algo accesible únicamente al pensamiento y no a los sentidos, se tendió a hacer de la llamada “visión inteligible” un elemento necesario de la verdad. Este sentido griego de la verdad no es históricamente el único posible. Según ha indicado von Soden, y han precisado, entre otros, Zubiri y Ortega y Gasset, hay una diferencia fundamental entre lo que el griego entendía por verdad y lo que entendía por ella el hebreo.” MORA, Jose Ferrater. *Diccionario de filosofía*. 5. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964. t. 2, p. 884.

⁸ Ibid., p. 884. Nesse sentido, os filósofos gregos se questionam: “Como o erro, o falso e a mentira são possíveis? Em outras palavras, como podemos pensar naquilo que não é, não existe, não tem realidade, pois o erro, o falso e a mentira só podem referir-se ao não-Ser? O Ser é o manifesto, o visível para os olhos do corpo e do espírito, o evidente. Errar, falsear ou mentir, portanto, é não ver os seres tais como são, é não falar deles tais como são. Como é isso possível? A resposta dos gregos é dupla: 1. o erro, o falso e a mentira se referem à aparência superficial e ilusória das coisas ou dos seres e surgem quando não conseguimos alcançar a essência das realidades (como no poema de Mário de Andrade, em que a garoa-neblina cria um véu que encobre, oculta e dissimula as coisas e as torna confusas, indistintas); são um defeito ou uma falha de nossa percepção sensorial ou intelectual; 2. o erro, o falso e a mentira surgem quando dizemos de algum ser aquilo que ele não é, quando lhe atribuímos qualidades ou propriedades que ele não possui ou quando lhe negamos qualidades ou propriedades que ele possui. Nesse caso, o erro, o falso e a mentira se alojam na linguagem e acontecem no momento em que fazemos afirmações ou negações que não correspondem à essência de alguma coisa. O erro, o falso e a mentira são um acontecimento do juízo ou do enunciado. [Juízo é uma proposição afirmativa (“S é P”) ou negativa (“S não é P”) pela qual atribuo ou nego a um sujeito S um predicado P. O predicado é um atributo afirmado ou negado do sujeito e faz parte (ou não) de sua essência] Se eu formular o seguinte juízo: “Sócrates é imortal”, o erro se encontra na atribuição do predicado “imortal” a um sujeito “Sócrates”, que não possui a qualidade ou a propriedade da imortalidade. O erro é um engano do juízo quando desconhecemos a essência de um ser. O falso e a mentira, porém, são juízos deliberadamente errados, isto é, conhecemos a essência de alguma coisa, mas deliberadamente emitimos um juízo errado sobre ela.” CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 126.

⁹ DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia arcaica*. Tradução Andréa Daher. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 1988. p. 14.

Essa diferenciação entre a forma de pensar dos religiosos e dos filósofos pode explicar diversos problemas apresentados nos tempos atuais em relação àqueles, visto que até hoje grande parcela da religião é baseada em enunciados dogmatizados, que consideram a opinião dos fundadores e dos mestres como critério supremo da verdade. Essa questão será vista novamente mais adiante na pesquisa, quando será trabalhado o problema existente na relação entre verdade e o critério da autoridade.

Em latim, verdade se diz *veritas* e se refere à precisão e à exatidão de um relato, que com detalhes define fielmente, através da linguagem, o que aconteceu (fatos reais). Verdadeiro se refere, portanto, à linguagem enquanto narrativa de fatos acontecidos, refere-se a enunciados que narram fielmente as coisas tais como foram ou aconteceram. Portanto, a verdade não se refere às próprias coisas e aos próprios fatos (como ocorre com a *aletheia*), mas ao relato e ao enunciado, à linguagem, podendo-se dizer que o seu oposto é a mentira ou a falsificação. Nessa linha de pensamento, as coisas ou os fatos não são reais ou imaginários; os relatos e enunciados sobre eles é que são verdadeiros ou falsos, pois tudo gira em torno da linguagem.¹⁰

Já em hebraico, verdade se diz *emunah*, que significa confiança. Não nos fatos ou no descobrimento, mas são as pessoas e Deus que são verdadeiros, ou seja, verdadeiros são aqueles que cumprem o que prometem e são fiéis à palavra dada. A palavra *emunah* é de mesma origem que a palavra amém, devendo ser vista como uma crença na confiança e na esperança, voltada para o futuro, como algo que está por vir. Um Deus verdadeiro ou um amigo verdadeiro são aqueles que cumprem o que prometem, são fiéis à palavra dada e ao pacto feito, jamais traindo a confiança. “*La verdad de las cosas no es entonces su realidad frente a su apariencia, sino su fidelidad frente a su infidelidad. Verdadero es, pues, para el hebreo lo que es fiel, lo que cumple o cumplirá su promesa...*”¹¹

Portanto, pode se dizer que “*Aletheia* se refere ao que as coisas são; *veritas* se refere aos fatos que foram; *emunah* se refere às ações e as coisas que serão. A nossa concepção da verdade é uma síntese dessas três fontes [...]”¹², e nesse sentido “[...] se refere às coisas presentes (como na *aletheia*), aos fatos passados (como na *veritas*) e às coisas futuras (como na *emunah*).”¹³

Ao longo de sua vida, e principalmente em sua obra denominada *Discurso do Método*, René Descartes elabora uma metodologia para a busca da verdade e para a distinção entre o

¹⁰ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 123.

¹¹ MORA, Jose Ferrater. *Diccionario de filosofia*. 5. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964. t. 2, p. 884-885.

¹² CHAUI, op. cit., p. 124.

¹³ Ibid. p. 124.

verdadeiro e o falso que, segundo o autor, se dá a partir do bom senso e da razão, sendo estes por natureza igual em todos os homens. Contudo, a diversidade de opiniões não decorre de uns serem mais razoáveis que os outros, mas pelo fato de que a condução do pensamento se dá por diferentes vias e cada um considera questões distintas ao trilhar este caminho. Não basta, portanto, ter o espírito bom, pois mais importante que isso é aplicá-lo de maneira correta, trilhando sempre o caminho certo, ainda que caminhando lentamente.¹⁴

Jesus Garcia Lopez¹⁵ afirma que “*para la filosofía tradicional la verdad consiste en la adecuación o conformidad del entendimiento y la cosa. Mas, para que esa adecuación pueda darse, es necesario que la cosa se muestre como es, se ofrezca sin tapujos [...]*”. Partindo da concepção de Heidegger, o autor traça um importante comparativo entre verdade e liberdade ao afirmar que “*entre la libertad y la verdad hay una relación muy estrecha. Lo apuntábamos más atrás cuando aludimos a la concepción de Heidegger. Para este autor, la verdad está anclada sobre la libertad de tal manera que puede decirse que la esencia de la verdad es la libertad.*”¹⁶

Heidegger¹⁷ conceitua de forma muito didática, em sua obra denominada *Ser e tempo*, que a estrutura da verdade reside na concordância entre o juízo (proposição) e seu objeto. Portanto, se verdade consiste na concordância de um conhecimento com o seu objeto, resta saber o que significa o termo concordância. Para o autor, a concordância de algo com algo tem

¹⁴ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 5. A exemplo das diversas metodologias traçadas na referida obra, expõe o autor: “E, finalmente, considerando que todos os pensamentos que temos quando acordados também nos podem ocorrer quando dormimos, sem que nenhum seja então verdadeiro, resolvi fingir que todas as coisas que haviam entrado em meu espírito não eram mais verdadeiras que as ilusões de meus sonhos. Mas logo depois atentei que, enquanto queria pensar assim que tudo era falso, era necessariamente preciso que eu, que o pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade - penso, logo existo - era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cépticos não eram capazes de a abalar, julguei que podia admiti-la sem escrúpulo como o primeiro princípio da filosofia que buscava.” Ibid., p. 38.

¹⁵ JESUS, Garcia Lopez. *El valor de la verdad*. Murcia: Universidad de Murcia, 1961. p. 11.

¹⁶ Ibid., p. 27.

¹⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 282-283. Enriquecendo a argumentação, o autor traz aprofunda a temática: “Um sinal assinala para o assinalado. Assinalar é uma relação entre o sinal e o assinalado, mas não uma concordância. Decerto, nem toda concordância significa uma espécie de convenientia, tal como se fixou na definição da verdade. O número 6 concorda com 16-10. Os números concordam e são iguais, no tocante à quantidade. Igualdade é um modo de concordância. A ela pertence estruturalmente uma espécie de “perspectiva” [...] Ao se esclarecer a relação de verdade, deve-se também considerar a especificidade dos membros da relação. Em que perspectiva intellectus e res concordam? Será que, em seu modo de ser e em seu conteúdo essencial, eles proporcionam algo em cuja perspectiva podem concordar? Caso seja impossível uma igualdade entre eles, por não pertencerem à mesma espécie, não será então possível que ambos (intellectus e res) sejam semelhantes? Todavia, qualquer conhecimento deve “dar” a coisa assim como ela é. A “concordância” tem o caráter da relação “assim como”. De que modo essa relação se torna possível enquanto relação de intellectus e res? A partir dessas questões evidencia-se que, para se esclarecer a estrutura da verdade, não basta simplesmente pressupor esse todo racional, mas é preciso reconduzir o questionamento a seu contexto ontológico que sustenta esse todo como tal”. Ibid., p. 283-284.

o caráter formal da relação de algo com algo, ou seja, toda a concordância e, assim também, toda verdade é uma relação. No entanto, nem toda a relação é uma concordância.

Para que a verdade seja descoberta, ela precisa ser arrebatada da ocultação e do velamento das coisas como um roubo. Por ocultação, pressupõe-se que as coisas se mantêm por si próprias em tal estado, já o velamento pertence à ação e ao falar, próprios dos seres humanos, pois o discurso humano não transmite apenas a verdade, mas conhece também a aparência, o engano e a simulação, ou seja, “há um nexos originário, portanto, entre ser verdadeiro e discurso verdadeiro. A desocultação do ente vem à fala no desvelamento da proposição. O discurso que realiza de modo mais puro esse nexos é o ensino”.¹⁸

Também nesse sentido leciona Gadamer¹⁹, quando afirma que “a verdade é desocultação. O sentido do discurso é deixar e fazer com que o desocultado se apresente, se revele.” O discurso, portanto, pode ser traduzido como razão, na medida em que são as próprias coisas em sua compreensibilidade que estão resguardadas e veladas no discurso. Vale dizer: a verdade do discurso, portanto, determina-se como adequação do discurso à coisa. Nos dizeres de Lenio Streck²⁰ “a resposta correta é (sempre) provisória, até porque há uma dialética entre velamento e desvelamento. O ser se vela e se desvela. A linguagem proporciona descobertas e encobrimentos.”

O conceito de ciência moderna surgiu a partir do desenvolvimento da ciência da natureza no século XVII. Enquanto as ciências da natureza se relacionam com o crescente domínio da natureza pelo ser humano, as ciências do espírito são conhecimentos que vão além daquela; conhecimentos de uma outra espécie e outra ordem, geralmente situadas na esfera dos sentidos do ser humano e da sua experiência com o mundo. A partir de tais conceitos,

¹⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1, p. 283-284.

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 60-61. Acerca do título da obra, Lenio Streck adverte: “Passadas cinco décadas do lançamento de *Wahrheit und Methode* (Verdade e método) de Hans-Georg Gadamer, ainda persistem mal-entendidos acerca do título, que, segundo ele, deveria ser lido como Verdade contra o método. Com o título desta obra corro um risco similar. Mesmo assim, como uma homenagem a Gadamer, decidi chamá-lo de Verdade e consenso. Mas, efetivamente, deve ser lido como a verdade contra o consenso.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 25. Como forma de melhor compreender a questão, traz-se o conceito de método para Gadamer: “O método, apesar de toda a variedade apresentada nas diversas ciências, é um conceito unitário. O ideal de conhecimento pautado pelo conceito de método consiste em se poder trilhar um caminho cognitivo de maneira tão consciente que se torna possível refazê-lo sempre. Metódico é poder seguir sempre de novo o caminho já trilhado e é isto que caracteriza o proceder da ciência.” GADAMER, op. cit. p. 61-62.

²⁰ STRECK, op. cit. p. 386. Acerca da resposta correta ser sempre provisória, leciona Edgar Morin: “Quer saber o que é democracia? É um sistema que não tem verdade. Porque a verdade é a regra do jogo, como na ciência. A ciência não tem verdade, não existe uma verdade científica, existem verdades provisórias que se sucedem, onde a única verdade é aceitar essa regra e essa investigação.” MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 56.

Gadamer²¹ também trabalha com o conceito de verdade e a forma (método) para sua busca (investigação).

Por investigação se entende o rastreamento do novo, do ainda desconhecido, a abertura de um caminho seguro que possa ser percorrido e controlado por todos e que tenha como destino a descoberta de novas verdades. A utilização de métodos também concerne ao trabalho das ciências do espírito, contudo, isso não significa que a ciência possa, através de sua metodologia, garantir a verdade, pois inegavelmente há situações em que pode haver mais verdade na obra não-científica de um amador (sem que haja uma necessária metodologia), do que em uma avaliação metodológica do material, própria das ciências do espírito.²²

Através de deduções rápidas – necessariamente feitas a partir de condições humanas - é que as ciências do espírito alcançam a verdade. Em suma: tudo o que pertence aos âmbitos da memória, da fantasia, do tato, da sensibilidade musical e da experiência de mundo, relacionam-se com as ciências do espírito. Escutar a autoridade da tradição e situar-se nela é o caminho para a verdade que se deve encontrar nas ciências do espírito. Portanto, “deve-se considerar aqui como científico destruir o fantasma de uma verdade desvinculada do ponto de vista do sujeito cognoscente”.²³

O critério da autoridade também é muito presente nas discussões acerca da busca pela verdade. Ele consiste basicamente em resolver as questões em discussão apelando à autoridade do mestre, de personalidades ilustres e fundadores de doutrinas religiosas e filosóficas. Historicamente é o mais antigo e psicologicamente é o primeiro critério da verdade. Nos tempos antigos e nas sociedades primitivas, a opinião da autoridade era decisiva, podendo se fazer um comparativo com os tempos hodiernos, em que a opinião dos adultos (pais, mestres, tutores) é o critério máximo da verdade para as crianças.²⁴

No entanto, o critério da autoridade além de ser insuficiente, pode se revelar deveras perigoso, tendo em vista que na história, muitos foram condenados por contrariarem verdades eternas das escrituras sagradas. Ainda hoje milhões de católicos honestos que defendem o direito ao divórcio e ao aborto são perseguidos e excomungados, tão-somente por divergirem dos dogmas divinos e eternos. Na Idade Média, por exemplo, quando a ideologia dominante era a religião, o critério da verdade estava na Bíblia Sagrada. Não se nega que atualmente o critério da autoridade esteja hoje abalado, mas não se nega também que continue funcionando

²¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 49-50.

²² Ibid., p. 50.

²³ Ibid., p. 52-53.

²⁴ BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 142.

bem na religião, pois esta é baseada em dogmas enunciados pelas autoridades religiosas que devem ser aceitos pela fé, sem discussão.²⁵

No entanto, um critério que não dependa nem da autoridade e nem da crença parece ser mais eficiente, como é o caso do critério científico da prova. Para Jacob Bazarian²⁶, todos têm o direito de duvidar da verdade até o momento em que ela for provada, verificada, demonstrada, explicada, fundamentada. Uma vez provada, uma vez que haja suficientes fundamentos comprovando a verdade, duvidar dela já não é possível. A prova é um raciocínio ou uma apresentação de fatos pela qual se constata ou se estabelece a verdade de uma proposição. Toda tese cientificamente provada, portanto, é, sem dúvida, verdadeira, seja na ciência, seja no cotidiano, conforme defende o autor. Mas será que todos os meios de prova disponíveis na ciência se esgotam em si mesmos?

Citando Nietzsche, Gadamer²⁷ faz uma comparação entre a ciência e o fanatismo na busca pela verdade, ao afirmar que “ninguém é mais intolerante do que aquele que quer comprovar que aquilo que ele diz deve ser a verdade”. E vai além o filósofo alemão, ao questionar a própria ciência como método supostamente primaz de descoberta da verdade: “Será a ciência, como ela própria reivindica para si, a última instância e a única portadora da verdade?”. Sem dúvidas é possível afirmar que a ciência é a responsável pela libertação de muitos preconceitos e ilusões, visto que sua pretensão de afirmar a verdade consiste sempre em questionar os pressupostos não-comprovados e, conseqüentemente, conhecer melhor que antes o real. No entanto, quanto mais se amplia o procedimento da ciência sobre o real, mais se torna questionável se os pressupostos da ciência admitem que a busca pela verdade alcance toda sua envergadura.

2.1 Teorias Sobre a Busca da Verdade

A ideia que se tem de prova, de modo geral, aponta naturalmente para uma forma racional de descoberta da verdade, sendo que a palavra prova, como muitas outras, não possui apenas um significado na linguagem jurídica, conforme assevera Carnelutti²⁸. Prova não está relacionada somente ao objeto que serve para o conhecimento de um fato, nem tampouco serve

²⁵ BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 142-144.

²⁶ Ibid., p. 151-154.

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 58.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. 5.ed. Tradução espanhola Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959. v. 1, p. 257-258.

apenas para a ciência processual, podendo ser definida, ainda que de forma superficial, como algo que atesta a veracidade/autenticidade de determinada coisa.

Jacinto Coutinho²⁹, analisando a obra *Verità, dubbio e certeza* de Francesco Carnelutti, leciona que falar em processo é, antes de tudo, falar de atividade cognitiva de um juiz que não sabe, mas que precisa saber. Diz-se, nesse sentido, que o juiz é um ignorante, pois ele ignora os fatos e precisa de alguém que tenha conhecimento do ocorrido (*cognitio*) para lhe permitir a *re-cognitio*. Desta forma, pode-se dizer que o fato é um acontecimento histórico, e como tal, traduz-se também em uma verdade histórica e, portanto, recognoscível. O meio para se fazer com que essa verdade histórica aporte no processo é a prova. Considerando que o presente estudo não pretende abordar a prova em todos os seus contextos possíveis, sua conceituação ficará restrita especificamente ao ramo do processo e, neste momento em particular, a sua vinculação com a busca da verdade.

É inegável que a ciência processual clássica elege como um dos objetivos principais do processo a busca da verdade. Nesse sentido, o contexto do processo pode ser concebido como um tipo de espaço privilegiado para a exigência da verdade, a devoção à verdade e o desejo da verdade, sendo esses os traços essenciais do pensamento e da cultura contemporâneos. Não se espera, portanto, que nos sistemas processuais modernos se encontre a verdade por meio de adivinhações, folhas de chá, duelos, ou qualquer outro ordálio medieval irracional, mas com base em meios de prova, que devem ser apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos.³⁰

Conforme se verificou anteriormente, Aristóteles³¹ traçava uma definição da verdade como correspondência, pois é a realidade que determina a veracidade ou falsidade das coisas. Nos dizeres do filósofo: “Verdadeiro é dizer que o que é, é, e o que não é, não é [...]” ou ainda “com uma opinião verdadeira todos os dados se harmonizam, mas com uma opinião falsa os fatos não tardam a entrar em conflito.”³²

No final do século XIX, a verdade ainda era trabalhada (e até hoje permanece sendo), por parte da doutrina, como um verdadeiro elo entre um fato ocorrido e a ideia que se tem ao seu respeito. Mittermaier³³ também defendia essa teoria que pensava a verdade como correspondência, questão que fica clara quando se analisa sua afirmação de que “*la verdad es*

²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti*. [S.l.], 19 mar. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 18 out. 2016.

³⁰ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 15.

³¹ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969. Livro IV, 7, 1011b25, p. 107.

³² Id. *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. [S.l.]: [s.n.]. Livro I, 1098b10, p. 8

³³ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. 3. ed. Madrid: Imprenta de La Revista de Legislacion, 1877. p. 33-34.

la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento.” Embora muito difundida, a teoria da verdade como correspondência recebe duras críticas por grande parte da doutrina.

A teoria da correspondência, à primeira vista, parece isenta de problemas, até porque, em uma situação comum, quem se atreveria a contraditar a formulação de Aristóteles vista acima (“verdadeiro é dizer que o que é, é, e o que não é, não é”)? Contudo, a problemática emerge a partir de uma análise mais aprofundada, ou quando se questiona “o que é aquilo com que se deve corresponder o enunciado para ser verdadeiro? Em resumo: o que é um fato?”³⁴

Parafraseando Habermas, Alexy³⁵ faz uma distinção entre os fatos e os objetos da experiência: “fatos são o que os enunciados, quando são verdadeiros, enunciam; não são aqueles a que se referem os enunciados. Não são, como as coisas ou acontecimentos sobre a face da terra, presenciados, ouvidos ou vistos [...]”. Sem enunciados não pode haver fatos, pois os fatos dependem essencialmente da linguagem. Assim, os fatos não são como os objetos (algo no mundo), mas isso é o que deveriam ser, para que a teoria da correspondência tivesse algum sentido, caso contrário, a referida teoria ficaria limitada ao âmbito da linguagem. Mas isso não é coerente com a condição de que as proposições devem ser regidas pelos fatos e não os fatos pelas proposições. Para que uma teoria da verdade possa subsistir, deve ocorrer a chamada “duplicidade interior” do conceito de fato, significando que “os fatos, por um lado, dependem da linguagem, porém, por outro, os enunciados dependem dos fatos quanto à sua verdade”.³⁶

Antes de um aprofundamento teórico sobre o tema, é necessário analisar, a modo de premissa, a natureza da verdade – ou da certeza³⁷ - a ser buscada no processo, considerando, como primeiro aspecto, a própria forma de obtenção da verdade, que por não constituir fim em si mesma, apresenta-se como simples meio para a aplicação do Direito ao caso concreto, colaborando para que o processo alcance seu objetivo. Essa questão aparece de maneira mais clara quando se verifica o caráter conflituoso do processo, as dificuldades de obtenção da prova

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 108-109.

³⁵ Ibid., p. 108-109.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 108-109.

³⁷ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. 5. ed. Tradução espanhola Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959. v. 1: Acerca da definição de certeza, manifesta-se Malatesta: “*A certeza, dissemos, é um estado subjectivo; e acrescentamos que este estado subjectivo não pode ser considerado como independente da realidade objectiva: é um estado psicológico produzido pela acção das realidades percebidas, e da consciência daquelas percepções.*” MALATESTA, Nicola Framarino dei. Tradução J. Alves de Sá. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927. p. 48.

dos fatos, as limitações materiais do juiz, as restrições ainda hoje existentes para a admissão de certas provas, e as reservas detalhadas e formalistas estabelecidas para certos meios de prova.³⁸

Hodiernamente se verifica que o tema do ativismo judicial está em absoluta evidência na doutrina, e esse ativismo se revela no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas, tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade possível, própria da condição humana, que ganha no meandro do processo uma dimensão de pura verossimilhança.³⁹ Não obstante, essa correlação apontada entre verdade possível e verossimilhança não demonstra uma pacificidade entre os processualistas.

Eduardo Cambi⁴⁰, por exemplo, leciona que a noção de verossimilhança não se confunde com a verdade possível de ser objetivável no processo, tendo em vista que o juízo de verossimilhança concerne ao fato enquanto objeto da alegação (mera alegação de fato). Com base nesse pensamento, o juízo de verossimilhança é formulado a partir do conhecimento do juiz e fundado em uma máxima da experiência, isto é, na frequência com que aquele tipo de fato alegado acontece na realidade. Percebe-se, assim, que não se pode afirmar que a verossimilhança é uma sub-rogação da verdade. Caso contrário, se os conceitos de verossimilhança e de verdade fossem sinônimos, tudo o que pudesse ser considerado normal pelo senso comum, deveria, necessariamente, ser considerado verdadeiro.

O ponto nevrálgico que diferenciaria juízo de verossimilhança de verdade possível, reside basicamente na etapa do procedimento em que essas questões são verificadas. Enquanto

³⁸ Com afirmações que vão de encontro às lições de Mittermaier, que defende a ideia de verdade como correspondência, Alvaro de Oliveira esclarece: “De mais a mais, proibido o *non liquet*, o órgão judicial com ou sem prova não se pode eximir ao seu dever de julgar, e então entram em cena as regras de julgamento pertinentes ao ônus da prova, baseadas na experiência, nem sempre com exata correspondência na realidade dos fatos.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176.

³⁹ Ibid. p. 178. Analisando o termo ativismo judicial, Lenio Streck realiza uma leitura diversa, e esclarece que ativismo judicial e judicialização da política são fenômenos distintos: “Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda recentemente viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência — por motivo de inconstitucionalidades — de poderes ou instituições.” STRECK, Lenio Luiz. O rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 07 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3, p. 58-59.

o juízo de verossimilhança é instrumental, pois recai sobre as alegações dos fatos, independentemente de ter ou não iniciado o procedimento probatório, o juízo de verdade – ou verdade possível – é final, tendo em vista que está baseado na valoração do resultado das provas, em relação àquilo que já havia sido alegado. O juízo definitivo, portanto, é o resultado da comparação entre a representação feita (pelas partes) das alegações de fato e a efetiva demonstração desses fatos através das provas produzidas. Por outro lado, o juízo de verossimilhança prescinde de elementos de prova, não podendo ser considerado o objetivo a ser alcançado pelo procedimento probatório, ou seja, o conceito de verossimilhança não está fundado na representação probatória do fato a ser provado, mas em uma máxima de experiência referente à frequência com que esse fato se reproduz na realidade.⁴¹

Afirma Hermes Zaneti Júnior⁴², que a verdade absoluta/real no Processo Civil nunca poderá ser atingida, pois a verdade dos fatos será sempre dada pela hipótese mais provável. O que se poderia obter, no máximo, seria um juízo de probabilidade, ou nos termos vistos até aqui, uma verdade possível. O juízo de verossimilhança que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alçado à certeza somente com o trânsito em julgado da decisão do caso concreto. No mesmo sentido, é possível afirmar que quem alega a existência ou a inexistência de determinado fato não precisa provar, de forma absoluta, a sua alegação, pois fugiria do campo das ciências naturais essa tentativa de obtenção da “verdade absoluta”. Para que se busque uma decisão justa diante das alegações de fato trazidas pela parte, basta provar uma certeza razoável da existência ou inexistência destes fatos, e esse é um dos motivos pelos quais o ordenamento jurídico pátrio autoriza, inclusive, um adiantamento da prestação jurisdicional via liminar⁴³, como ocorre nos casos abarcados no Livro V do Código de Processo Civil, que trata do tema da tutela provisória.

Outro ponto importante envolvendo a questão, consiste em esclarecer se o processo efetivamente possui um dever institucional de buscar a verdade dos fatos relevantes para a decisão – ou ao menos se aproximar ao máximo possível dela -, pois não são poucas as opiniões que defendem que o processo não tem (ou não deveria ter) o dever de encontrar a verdade dos fatos.

⁴¹ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3, p. 59-60.

⁴² ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). *Introdução ao estudo do processo civil*: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: S. A Fabris, 2004. p. 127-128.

⁴³ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 63.

Sob diversos enfoques, verifica-se uma forte tendência em defender que a finalidade básica do Processo Civil seria resolver o conflito, ou a disputa das partes, em nome do valor da pacificação social. Tal perspectiva estaria fundada em uma rigorosa função sociológica, que defende que o objetivo precípua dos Tribunais seria auxiliar as partes a lograrem êxito na resolução dos seus conflitos.⁴⁴ Taruffo⁴⁵ exemplifica a questão afirmando que as partes e o juiz não podem se valer de qualquer meio possível de prova para buscar a verdade dos fatos, tendo, inclusive, que se submeter a diversas regras relativas à admissibilidade e produção da prova. Nestes casos, haverá um abandono pela busca da verdade quando a necessidade de alcançar uma solução final para o litígio se sobrepuser à necessidade de coletar provas adicionais.

Nessa quadra, é necessário que alguns conceitos sobre a verdade sejam devidamente trabalhados, bem como seja demonstrado que não há qualquer utilidade ou relevância para o Direito, que a doutrina permaneça fragmentando a verdade, como se para cada situação fosse possível a coexistência de diversas verdades subjacentes, cada qual com a sua peculiaridade. Quando se argumenta que existe para um mesmo fato a verdade do autor, a do réu, outra judicial que emerge da sentença e ainda a verdade extraprocessual apreendida somente por quem presenciou a situação em tempo real, pergunta-se: quantas verdades podem coexistir acerca de um mesmo acontecimento? Pois se realmente há inúmeras verdades como ensina parte da doutrina, de antemão já se esbarra em um paradoxo: com tantas verdades contrapostas, a verdade – com a ciência do pleonasma – é que nenhuma delas é verdade.

2.2 A (Ir)Relevância de se Trabalhar o Tema da Verdade a partir da Clássica

Dualidade: verdade real vs. verdade relativa

Embora esteja evidente que a verdade real⁴⁶ é algo inatingível, é importante que também fique claro que não existe uma verdade processual e outra extraprocessual, porquanto a verdade obtível pelo ser humano é uma só, e o seu nível de profundidade irá variar conforme a complexidade e as circunstâncias do tempo e lugar onde a investigação efetivamente é

⁴⁴ MORELLO, Augusto M. *La prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Platense, 1991. p. 16-18.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23. No mesmo sentido Morello ensina: “*Entonces, se afirma, si la finalidad primaria es la solución del conflicto entre las partes, no es indispensable "la verdad del hecho", pues dentro de este enclave es más importante que la disputa se resuelva a que se se resuelva correctamente, aspecto este último que así se ubica en un plano secundario.*” MORELLO, op. cit., p. 18.

⁴⁶ “Dessarte, há que se des-cobrir a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que “os fins justificam os meios”.” LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 556.

realizada.⁴⁷ De outra banda, isso não significa que o processo pode ter seu prosseguimento de forma alheia e descompromissada com a verdade. Pelo contrário, é necessário, antes de mais nada, que se tenha presente qual é a verdade que deve ser buscada, considerando-se que a verdade absoluta é um conceito fictício que poderia ser extirpado da teoria jurídica, pois revelase imprestável para quaisquer fins.

Elaine Macedo⁴⁸ afirma que a exigência de um critério para a verdade absoluta nada mais é que um ídolo metafísico abstrato, que perde inteiramente o significado metodológico, afirmativa que, transportada para a realidade do Direito – o que Gadamer mostra com maestria –, provoca, inevitavelmente, uma revolução no pensamento jurídico. No entanto, por muito tempo defendeu-se a possibilidade de atingimento da verdade absoluta/real no processo, motivo pelo qual se mostra importante uma abordagem, ainda que de forma breve, acerca da sua gênese histórica e as razões pelas quais, hodiernamente, há notória impropriedade em defender tal conceito de verdade.

A influência da descoberta da verdade real sobre o Direito Processual já era nítida na Roma antiga. Nessa época o *iudex* tinha nas mãos a possibilidade de abster-se de decidir a questão que lhe era trazida, bastando declarar, sob juramento, o *sibi non liquere (non liquet)*, que basicamente seria uma negativa de decidir a controvérsia que lhe foi posta diante da ausência de elementos de prova. Isso demonstra, claramente, o culto à verdade, a ponto de se negar a prestação jurisdicional sob o argumento de que o juiz não lograra atingi-la no processo, ou, em outras palavras, que os fatos trazidos a ele não estavam suficientemente aclarados.⁴⁹

Não obstante a existência de diversas teorias e dispositivos acerca da verdade material/real/absoluta/substancial⁵⁰, ideia contrária ascende quando se percebe a essência

⁴⁷ Nesse sentido lecionam Ingo Sarlet, Marinoni e Mitidiero: “A verdade é pressuposto ético do processo justo. Uma das fontes de legitimação da função judiciária é a verdade — *veritas, non auctoritas facit iudicium*. É necessariamente injusta a decisão baseada em falsa verificação das alegações de fato no processo. Daí existir uma relação teleológica entre prova e verdade — a prova visa à apuração da veracidade das alegações de fato. A verdade é um problema unitário — inexistente a possibilidade de separação entre verdade dentro e fora do processo — e pode ser satisfatoriamente definida a partir da ideia de correspondência. Como a verdade é ao mesmo tempo relativa e objetiva, só pode ser compreendida — dentro e fora do processo — partindo-se da ideia de maior probabilidade lógica possível.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 656-657.

⁴⁸ MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 93.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

⁵⁰ Sobre a teoria da verdade material esclarece Michele Taruffo: “*Por otra parte, en la historia del problema no faltan teorías que han intentado fundar más articuladamente el concepto de «verdad objetiva» o «material» como finalidad, no sólo posible sino necesaria, del proceso. Nos referimos, evidentemente, a la teoría de la verdad material, que los sistemas procesales de los denominados países socialistas derivaron del materialismo dialéctico y, en particular, de la doctrina epistemológica de Lenin, hasta hacer de ella un concepto cardinal y un principio fundamental de la teoría de la prueba y de la disciplina del proceso civil y penal. La teoría de la verdad material ha tenido complejas vicisitudes históricas y diversas variantes, además de sucesivas atenuaciones destinadas a hacerla epistemológicamente más creíble. De todos modos, esta teoría*

formalista do processo: se a prova impõe-se realizada segundo regras previamente estabelecidas, se os fatos principais sobre os quais se exerce a cognição do juiz só podem ser suscitados pelas partes e se o processo não pode ser desordenado, necessário que se reconheça que a verdade processual nunca é absoluta, mas em certa medida formalizada. Destarte, é impossível aceitar uma informalidade absoluta, como se o direito à prova fosse amplo e ilimitado, possibilitando o alcance da certeza sobre as alegações de fato da parte, em prol do mito da verdade real, travestida de principal finalidade do processo.⁵¹

Não se pode admitir que a busca pela prova em nome do mito da verdade real autorize as partes e os juízes a atropelarem procedimentos legislativos e democráticos. Embora possa parecer claro tal posicionamento, encontra-se na doutrina moderna diversos posicionamentos que ainda trabalham com conceitos como o da verdade real. Teresa Armenta Deu⁵², por exemplo, afirma que, no Processo Penal, a busca pela verdade real constitui um dos seus fins, justificando, entre outros aspectos, a investigação, a obtenção e a prática de meios de prova na fase instrutória.

De maneira muito coerente, Aury Lopes Jr.⁵³ afirma que constitui um gravíssimo erro falar em verdade real quando se está diante de um fato passado, histórico. É o absurdo comparar o real ao imaginário. O real só existe no presente, contudo, não se nega que acidentalmente a sentença possa corresponder ao que efetivamente ocorreu (conceito de verdade como correspondência).

A impropriedade de se trabalhar com o conceito de verdade real pode ser compreendida a partir da superação do esquema sujeito-objeto (subjetividade assujeitadora) e da consequente ruptura com o sujeito solipsista. A superação desta dualidade faz com que os sentidos se deem em uma intersubjetividade, ou seja, o mundo dos objetos nunca é atingido de forma direta, mas sempre pelo discurso (sujeito-sujeito) – sem que isso signifique uma livre disposição deste discurso. Há sempre um sentido que é antecipado, portanto, o sujeito não é o senhor dos

sigue estando estrechamente ligada, incluso en las versiones menos toscas, a un contenido ideológico y filosófico absolutamente peculiar que, durante decenios, ha representado la ortodoxia en la cultura procesalista de los países socialistas, pero que precisamente por sus peculiaridades no deja de suscitar dudas (por usar un eufemismo). Simul stabunt, simul cadunt, de forma que no parece que la teoría de la verdad material merezca hoy más que una mención, justificada por exigencias de completud historiográfica [...]". TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Traducción Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005. p. 58-59.

⁵¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177-178.

⁵² DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 26-27.

⁵³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 558-564.

sentidos e, especificamente no tema das provas, não é ele (juiz) quem deve se convencer para escolher, mas sim, através do seu discurso e fundamentação - como condição de possibilidade - deve convencer a sociedade de que seu julgamento trilhou um caminho racional para uma decisão democrática e adequada constitucionalmente.⁵⁴

O problema se dá quando o abandono da busca pela chamada verdade real acaba tornando o processo um mero jogo retórico, em que a linguagem e a veemência dos argumentos das partes acabam adquirindo posição de preponderância acerca dos fatos por elas apresentados. Respalado pelo direito fundamental à duração razoável do processo, o juiz é atraído para este jogo retórico, fazendo da sentença um castelo argumentativo sem qualquer concatenação lógica. “Perde-se duplamente: no processo, não têm as partes garantias acerca dos critérios para o convencimento judicial; fora dele, tem-se a insegurança jurídica generalizada, pois toda conduta comprovável poderá ser ignorada se confrontada com um belo argumento retórico.”⁵⁵

Conforme assevera Ovídio Baptista⁵⁶, a busca da verdade dos fatos (relativa) será sempre uma tarefa indispensável, porém preliminar, não conclusiva. Nesse contexto é que o julgador haverá de atribuir-lhes sentido, não um suposto significado constante, dado previamente pelo legislador, como se as contingências, expectativas e valores estivessem petrificados na história. Questão que demonstra que a busca pela verdade não é conclusiva reside na existência de uma problemática cadeia recursal disponível, mesmo após o juízo ter ultrapassado o mortificante procedimento instrutório para a prolação da sentença. Com efeito, acerca da última decisão de última instância: “seria capaz de possuir o divino segredo recusado às instâncias inferiores? Somente esse julgamento será capaz de revelar a vontade da lei? Certamente não, porque também contra ele cabem revisões judiciais e ações rescisórias.”

Nesse sentido Tesheiner⁵⁷ leciona que a existência ou inexistência de um evento pode ou não ser cognoscível, e que um enunciado não se torna verdadeiro por resultar de um processo e de uma decisão judicial, pois é plenamente possível que uma verdade obtida dentro do processo não passe às vezes de uma solene mentira. A descoberta da verdade sempre foi

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 218.

⁵⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131-132.

⁵⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Verdade e significado*. [S.l.], 2015. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁵⁷ TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5, p. 62.

indispensável para o processo, sendo considerado um dos seus principais objetivos. Através do processo (em especial o de conhecimento), o juiz descobre a verdade sobre os fatos, aplicando a eles a norma apropriada. O juízo de subsunção - ideia própria do liberalismo clássico - demonstra exatamente essa ideia, pois toma o fato ocorrido no mundo físico e dá a ele a regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico, segundo o brocardo *narra mihi factum dado tibi ius*. Daí deriva o fundamento da atividade probatória do juiz e dos atos processuais que compõem o procedimento, legitimados que são pela necessidade da busca da verdade, ainda que relativa.⁵⁸

Embora esteja evidente que a busca pela verdade não é o único objetivo do processo, cristalino também está que aproximar-se dela o máximo possível é tarefa indispensável para que o juiz possa chegar a uma decisão justa. É possível que se conheça melhor ou pior a verdade, mas sem que para isso seja necessário o seu enquadramento em uma pseudo-subclasse de verdade. É importante que fique claro que a incompletude do conhecimento em um dado caso não guarda qualquer relação com a verdade, tampouco autoriza uma afirmação de que naquele caso a verdade é inexistente.

Se a diferenciação entre verdade real e verdade formal é algo impróprio e inútil, de igual forma a diferenciação – até hoje presente na doutrina – entre a verdade do Processo Penal e a verdade do Processo Civil se revela inadequada e sem relevância. Tal constatação, com efeito, é salientada pelo fato de que a verdade não é algo cindível, ou que se pode relativizar mais ou menos dependendo do tipo de fato que se pretende comprovar. Após percorridas as etapas concernentes às regras do ônus da prova, o juiz tem o dever de decidir, pois já reconstruiu historicamente os fatos a ele trazidos, e o resultado gerado por essa reconstrução é a verdade – ainda que não seja a tautológica *verdade verdadeira*.

Parte-se da premissa de que o Processo Civil, por lidar com bens supostamente menos relevantes que o Processo Penal, deve se contentar com um grau de segurança menor em relação à atividade probatória e ao aspecto *axiológico* a ser utilizado. Seguindo essa tendência, a doutrina do Processo Civil passou a dar mais relevo à observância de determinados requisitos legais da pesquisa probatória do que ao conteúdo do material de prova propriamente dito. Passou a interessar mais a forma que representava a verdade do fato do que se esse produto

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 30-31. Como forma de enriquecer o conceito de subsunção, importante trazer a lição de Lenio Luiz Streck: “*Afinal, subsunção pressupõe esgotamento prévio das possibilidades de sentido de um texto e um automático acoplamento do fato (aqui se pressupõe também a cisão entre questão de fato e questão de direito)*.” STRECK, Lenio Luiz. O que é isto? o constitucionalismo contemporâneo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014.

final efetivamente corresponderia a verdade. Sendo assim, a doutrina moderna vem considerando, acertadamente, que os interesses objetos da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deva aplicar, na reconstrução dos fatos de origem penal, metodologia diversa daquela aplicada nos fatos de origem civil. Se o Processo Penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil lida com interesses fundamentais da pessoa humana, motivo pelo qual se revela totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas.⁵⁹

Do mesmo modo que a diferenciação entre verdade real e verdade formal revela-se inadequada, Taruffo⁶⁰ defende que também não há razão plausível para diferenciar a verdade judicial da verdade não judicial, teoria que além de muito bem fundamentada, demonstra grande coerência. Para o autor, a verdade pode ser buscada e alcançada no contexto judicial substancialmente da mesma forma que pode ser descoberta em tantas outras áreas da experiência cotidiana e utilizando os mesmos meios aplicáveis em áreas de investigação não jurídicas, como, por exemplo, a história. Nesse sentido, os fatos em litígio de um caso concreto geralmente são estabelecidos no contexto do processo judicial usando os mesmos meios que pessoas comuns utilizam para descobrir a verdade em sua vida cotidiana: testemunhos, documentos, gravações e argumentos inferenciais. Em suma: “não há diferença epistêmica substancial entre a verdade judicial e a verdade não judicial”.

Conforme leciona Guilherme Rizzo Amaral⁶¹, a verdade judicial é sempre relativa, e isso se dá em decorrência da limitação instrumental dos meios cognoscitivos, que irão variar de acordo com o sistema processual ou com o procedimento específico. No entanto, é possível afirmar que tais limitações também ocorrem fora do processo, ainda que em graus variados, pois a relatividade da verdade está estritamente vinculada à condição humana, e relativiza-se à medida da própria imperfeição do ser humano e das circunstâncias do tempo e lugar onde se dá a investigação sobre a verdade. Vale dizer: o que definirá a distância entre a verdade judicial e aquela possível de ser obtida com o esgotamento de todos os mecanismos investigatórios fora do processo será o conjunto de normas aplicáveis a determinado procedimento e as próprias garantias individuais capazes de blindar o objeto investigado ou o próprio sujeito.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 36.

⁶⁰ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24.

⁶¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 133-135.

A afirmação do autor é coerente, mas deve ser lida com ressalvas, principalmente no ponto em que assevera que a verdade será sempre relativa. Lenio Streck⁶² adverte que uma afirmação nesse sentido esbarra em uma contradição insolúvel, pois “se a verdade é sempre relativa, a própria afirmação do autor deve ser relativa e, desta forma, não verdadeira.” Na mesma linha de Guilherme Rizzo Amaral, Guilherme Nucci⁶³ afirma que “a verdade é uma e sempre relativa”, lição que também é refutada por Lenio Streck⁶⁴, quando adverte que em tal afirmação reside um paradoxo: “se a verdade é uma, não é possível que ela seja, também, relativa; e vice-versa. Ou trata-se de uma verdade una (absoluta) ou trata-se de uma verdade relativa (o que nem é verdade, eis que é relativa!).”

A partir das ideias de Guilherme Rizzo Amaral e Guilherme Nucci (no sentido de que a verdade é sempre relativa), frontalmente contestadas por Lenio Streck, Michele Taruffo⁶⁵ parece fazer uma leitura correta sobre a questão, afirmando que o que se apresenta como relativo não é a verdade propriamente dita, mas sim o conhecimento acerca dessa verdade. Portanto, o que se pode extrair das lições do jurista italiano, é que o enunciado é verdadeiro ou não, não havendo possibilidade de ele ser mais ou menos verdadeiro. O que pode variar são as circunstâncias, ou o grau de confirmação capaz de ser atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos disponíveis: “portanto, pode-se dizer que, em contextos determinados e de acordo com as circunstâncias, pode existir uma maior ou menor aproximação à verdade”.

Michele Taruffo⁶⁶ também trabalha com uma visão dicotômica sobre a verdade relativa e a verdade objetiva, mas não no sentido tradicionalmente encontrado na doutrina (em que a verdade relativa corresponderia à verdade formal e a verdade objetiva corresponderia à verdade material). Para o autor, o conhecimento da verdade – e não a própria verdade, conforme referido alhures - é, ao mesmo tempo, relativa e objetiva. Vale dizer: a verdade da apuração dos fatos é relativa no sentido de que é relativo o conhecimento sobre essa, pois funda-se em provas que justificam o convencimento do juiz, “representando a base cognoscitiva na qual o convencimento de que um determinado enunciado corresponda à realidade dos fatos da causa encontra justificativa”. Em paralelo, essa mesma verdade – vista na perspectiva processual -

⁶² STRECK, Lenio Luiz. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 70, p. 224, set./dez. 2011.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 105.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 70, p. 224, set./dez. 2011.

⁶⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 105-106.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 106.

pode ser dita objetiva, já que não é – ou não deveria ser – “fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, fundando-se em razões objetivas que justificam seu convencimento e derivando dos dados cognoscitivos resultantes das provas.”

Acerca deste fracionamento sobre a verdade, Jacinto Coutinho demonstra sua notória impropriedade: “Carnelutti mostrou, já em 1925, que é estéril a discussão a respeito de viger a verdade material ou a verdade formal, olhando à diferença que se insistia – e alguns ainda insistem – em fazer entre elas, no Processo Penal e Civil.”⁶⁷ É possível que se chegue mais ou menos perto da verdade, mas o fato de não se aproximar da verdade na medida pretendida pelo investigador, não autoriza que se afirme que a verdade inexiste em tal caso, ou que se alcançou apenas a verdade relativa. Poderia se dizer somente que a verdade não é definitiva, pois a ciência está sempre sujeita a encontrar novas verdades que, como intuitivo, tomarão o lugar das velhas verdades. Segundo Taruffo⁶⁸, “*desde hace tiempo la epistemología ha aclado que la ciencia no alcanza nunca resultados en verdad definitivos, y las enunciaciones científicas están sujetas siempre a cambios, evoluciones o – popperianamente - a falsificaciones.*”

A ciência está em permanente desenvolvimento e a filosofia científica é crítica por excelência. O que foi considerado verdadeiro ontem pode não o ser mais hoje. No mesmo sentido, pode-se dizer que algo que é considerado certo em um país, pode ser considerado errado para outro país que se encontre em situação diversa, seja econômica, social ou cultural. Esta é a razão pela qual a verdade dogmatizada só pode prejudicar o desenvolvimento da pesquisa científica e filosófica.⁶⁹

A verdade existe independentemente do fato de o investigador ter conseguido aproximar-se ou não dela, pois a incompletude do conhecimento não guarda qualquer tipo de relação com a verdade. Não poder alcançar a verdade em um dado caso, ou não poder ter uma relação automática entre o que se considera provado com o que é verdadeiro não autoriza que se conclua pela irrelevância ou inexistência da verdade, afinal, é perfeitamente possível que uma investigação bem feita possa chegar a um resultado falso, ou, pelo contrário, também é possível que outra investigação extremamente mal feita encontre um resultado verdadeiro.⁷⁰

⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti*. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 18 out. 2016.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México. v. 38, n. 114, p. 1285-1312, set./dez. 2005.

⁶⁹ BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 143.

⁷⁰ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 23-28.

Jacob Bazarian⁷¹ esclarece que o que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso, pois simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser os conhecimentos, as percepções, as opiniões, os conceitos ou os juízos dos seres humanos a respeito de determinado objeto. Em outras palavras, verdadeiro ou falso pode ser apenas o reflexo subjetivo da realidade objetiva. Portanto, “a verdade é o reflexo fiel do objeto na mente, a adequação do pensamento com a coisa. É verdadeiro todo juízo que reflete corretamente a realidade”.

Destarte, como já referido alhures, o medo que a doutrina tem de afirmar a existência da verdade acaba tornando o tema mais espinhoso e complexo do que efetivamente deveria ser. A verdade existe ainda que em muitos casos não seja possível atingi-la, seja pela limitação instrumental do processo, seja pela deficiência com que a investigação tenha sido realizada, mas essa incompletude do conhecimento não afasta, ou sequer relativiza, a existência da verdade. Vale dizer: a verdade possui grande relevância para uma decisão justa, e quanto maior for a estrutura probatória do processo, mais justificadas serão – ou deverão ser - as decisões, motivo pelo qual é correta a afirmação de que a relação existente entre prova e verdade é teleológica, ainda que não haja uma necessária vinculação entre o que se considera provado e o que é verdadeiro.

2.3 Processo Justo, Decisão Justa e a Necessidade de um Procedimento Orientado à Busca da Verdade

Como já salientado nos itens anteriores, não há dúvidas de que o Processo Civil é estruturado para a resolução de controvérsias, e que a prova exerce papel fundamental para que o conflito seja decidido de forma justa, haja vista a relação teleológica existente entre prova e verdade. Como intuitivo, para que um processo possa ser considerado justo é necessário que haja a devida observância às garantias fundamentais impostas pelos princípios constitucionais, a exemplo da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Não obstante, é necessário esclarecer que, o simples fato de o procedimento ter respeitado todas as garantias que lhe são subjacentes, não garantirá a prolação de uma decisão justa. A questão é muito mais complexa. É perfeitamente possível que em determinado procedimento todas as garantias processuais tenham sido respeitadas e, ainda assim, as partes se deparem com uma decisão injusta. Sob a ótica inversa a mesma situação pode ocorrer. Vale dizer: é perfeitamente possível que em um dado procedimento tenha havido o atropelo de

⁷¹ BAZARIAN, op. cit., p. 132-133.

diversas garantias processuais e, mesmo assim, a decisão ser considerada justa. Diante de tais razões, é necessário que o Estado, e o próprio legislador, atuem de forma proativa, estruturando o procedimento com vistas à completude do material probatório, fornecendo estímulos concretos para as partes – e todos os sujeitos que de alguma forma participem do processo – aportarem aos autos todas as provas que estiverem ao seu alcance. Se essa fórmula for equalizada, tendencialmente as decisões deverão ser mais justas.

Não é nenhuma novidade que no Processo Civil contemporâneo o juiz possua poderes de certa iniciativa probatória; também não é novidade, que tais poderes se justificam a partir de uma base constitucional e também do caráter social do Estado Democrático de Direito. Nessa quadra, o juiz tem o dever de zelar pela efetividade e tutela dos direitos debatidos no processo, sendo a justiça o objetivo final da tutela jurisdicional. A justiça, como valor superior do ordenamento jurídico representa um ideal da comunidade, um objetivo a ser alcançado pelo ordenamento jurídico, pois se existe um interesse público no sentido de que o processo deva ser justo, o Estado deve pôr a serviço daqueles que o dirigem os meios e poderes necessários para que possam atingir o aludido fim.⁷²

O direito fundamental à prova só terá o seu núcleo efetivamente realizado, se o processo mostrar-se *truth-oriented*, de forma a maximizar sua capacidade de encontrar a verdade de alguma questão. Portanto, aumentar a qualidade e a amplitude do material probatório – inclusive, mediante o fornecimento de estímulos concretos para os sujeitos do processo – terá como consequência o aumento da corroboração das hipóteses fáticas. Isso acarreta, por seu turno, maior qualidade na apuração dos fatos e um processo orientado tendencialmente à

⁷² PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 110. Nesse sentido leciona Michele Taruffo: “*Debido a que considero contrariamente que los procesos se hacen no con el mero fin de hacer procesos, sino con el fin de resolver controversias con decisiones justas, se deriva de ello que la justicia de la decisión es un factor determinante de la justicia del proceso. En este sentido vale la pena recordar lo que ha escrito recientemente Luigi Ferrajoli en su monumental obra dedicada a los Principia iuris: destaca él con gran claridad que el ejercicio de la función jurisdiccional, que es una fundamental función de garantía, se explica a través de la aplicación de la ley sustancial, siendo esto una característica esencial de la jurisdicción en los sistemas inspirados en el principio de estricta legalidad. En la óptica de Ferrajoli no se trata tan solo de abstractas afirmaciones teóricas: esta concepción de la jurisdicción como garantía es de hecho puesta por él sistemáticamente en el contexto de una articulada teoría de la democracia, en la cual la resolución de las controversias no puede no implicar la aplicación de la ley como criterio de decisión. En esta perspectiva aparece claro que la cualidad de la decisión que concluye el proceso no es una suerte de optional omitible. Por el contrario: ella es una connotación fundamental del correcto ejercicio de la jurisdicción en un sistema democrático, como tal, fundado sobre el principio de legalidad. De este modo la decisión no puede prescindir de la correcta interpretación y aplicación de las normas: la legalidad de la decisión es una condición esencial de su justicia, pero eso presupone –precisamente– que la justicia de la decisión venga configurada como una finalidad fundamental de cualquier proceso que pueda definirse como justo.* TARUFFO, Michele; Verdad negociada? *Revista de Derecho*, [S.I.], v. 21, n 1, p. 136-135, jul. 2008.

obtenção de decisões mais justas. Essa maximização processual, instrumentalizada por um maior acervo probatório, deve ser um objetivo do próprio legislador, que precisa fornecer mecanismos idôneos aos sujeitos processuais, para que tragam aos autos, ainda que, muitas vezes, contra sua vontade, todas as provas que tiverem ao seu alcance.⁷³

O próprio dever de colaboração – assunto que será devidamente abordado em tópico posterior -, previsto como norma fundamental do Código de Processo Civil (artigo 6º), reconhece como evidente o dever processual daquele que, por exemplo, dispõe de prova documental conveniente a instruir o feito, em apresentá-la quando a tanto determinado. Nessa quadra, o legislador demonstra que é dever do juiz envidar esforços para buscar informações, quando a parte não logrou fazê-lo pessoalmente, inclusive, pelo interesse público da justiça para uma prestação jurisdicional adequada e efetiva.⁷⁴

No entanto, quando se observa atentamente alguns dispositivos do CPC/2015, verifica-se algumas contradições que necessitam ser sanadas, atribuindo-se ao texto normativo uma correta interpretação, tanto do ponto de vista doutrinário como do ponto de vista jurisprudencial. A exemplo disso, verifica-se uma clara antinomia principiológica entre os artigos 378 e 379, caput do CPC. Menciona-se apenas estes dispositivos⁷⁵, pois o ponto nevrálgico deste trabalho não é esgotar o tema sobre a importância de o processo estar orientado à completude do material probatório, tampouco aprofundar uma discussão sobre tal matéria, mas sim, salientar que o legislador precisa estar atento à forma como irá fornecer estímulos concretos para que o processo seja tendencialmente mais justo.

O artigo 378 do diploma processual estabelece que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, ao passo que o artigo 379, prevê que “preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado”. Mas se ninguém pode se eximir do dever (e aqui o legislador deixa clara sua intenção de atribuir um dever de prova às partes) de colaborar com o judiciário para a

⁷³ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 40-46.

⁷⁴ REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 326.

⁷⁵ Poderia se trazer para a discussão diversos artigos de lei que se mostram em contradição com o artigo 379, caput, do CPC, como é o caso do artigo 06º, que estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, do artigo 396, que prevê que “o juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder” e do artigo 400, que preceitua que “ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;”.

descoberta da verdade, e todos os sujeitos devem colaborar entre si para que se obtenha uma decisão de mérito justa e efetiva, como é possível que, na mesma lei, o legislador autorize a parte a deixar de trazer aos autos as provas que forem contrárias ao seu interesse? O dever de colaboração concerne apenas às provas vantajosas para a parte?

Poderia a parte utilizar o caput do artigo 379 para se eximir do seu dever de colaboração, ou o referido dispositivo foi migrado do Processo Penal (direito à não autoincriminação) de forma equivocada para o Processo Civil? Há autores que defendem de forma veemente que o artigo 379 se trata do princípio processual penal *nemo tenetur se detegere*, e que, portanto, não poderia ser utilizado no Processo Civil, como uma espécie de direito fundamental à não colaboração e também um direito fundamental a esconder a verdade no Processo Civil⁷⁶. Por outro lado, há autores que defendem que o sistema processual, da forma como se apresenta, reconhece que provar é ônus e não obrigação, e que “a um direito (o de não produzir prova) não pode corresponder uma sanção (a presunção contrária), ou seria inútil a sua previsão, o que não se pode conceber no sistema, ao qual não será dado conter palavras inúteis”.⁷⁷

A situação trazida é realmente complexa, pois se a parte pode se escudar no preceito do artigo 379, caput, e negar-se a trazer aos autos provas que sejam contrárias ao seu interesse, de que adianta o legislador dar ao juiz poderes de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial...” (artigo 139, IV do CPC)? Havendo esse conflito entre regras, os poderes

⁷⁶ “O princípio tem origem no direito estadunidense, mais precisamente na famosa 5ª Emenda à Constituição, que prevê o *privilege against self-incrimination*. Inicialmente, a garantia tinha por escopo apenas o processo penal, representando uma garantia ao acusado de permanecer silente, sem necessidade de prestar-se como testemunha contra si mesmo. Todavia, por entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, referido privilégio aplica-se, em certas circunstâncias, também a processos de natureza civil. [...] Aliás, o atual Código de Processo Civil, ao que parece sem notar a dimensão dessa previsão exagerada, resolveu ampliá-la ainda mais, colocando, no início do art. 379, uma cláusula geral que cria um "imaginado" direito civil para a parte de não produzir prova contra si. Esse direito, em que pese a aparente previsão legal, na realidade não existe e jamais poderia existir em um sistema como o nacional. Como já se disse, o dever de produzir prova é uma imposição que decorre do próprio texto constitucional, de modo que somente em razão de outro valor também constitucional poderia ser restringido. Por isso, é plenamente justificável que se restrinja o dever de colaboração para a proteção da garantia contra a autoincriminação, já que essa também tem assento constitucional (decorrendo, na ótica da doutrina e da jurisprudência, do contido no art. 5º, LVII, da CF). Todavia, a amplitude da redação - absolutamente injustificada e absurda, diga-se - da parte inicial do art. 379 praticamente cria um direito "fundamental" à não colaboração e, assim, um direito também "fundamental" a esconder a verdade no processo civil. Em última análise, a interpretação literal desse preceito (em sua parte inicial) institui e legitima a chicana processual e autoriza a litigância abertamente de má-fé, o que não se pode aceitar.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 256.

⁷⁷ CIANCI, Maria; QUARTIERI, Rita. A dinamização da produção probatória, como nova técnica instrutória e em face da fazenda pública. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5, p. 270.

atribuídos ao juiz no referido dispositivo podem acabar se transformando em verdadeiros elefantes brancos, porquanto não poderão ser aplicados de maneira eficaz.

Verifica-se assim uma grave contradição que precisa ser legislativamente corrigida, pois da forma como as coisas estão postas, se o Direito confere ao sujeito a possibilidade de, licitamente, fazer uma escolha (recusa), o Estado-juiz deve respeitar essa escolha, sob pena de qualquer subtração dessa transformar-se em uma inconstitucionalidade. Sendo assim, tem o sujeito onerado a possibilidade de escolher entre adotar ou não o comportamento previsto na regra, contudo, ainda que o CPC preveja a possibilidade de aplicação da presunção de veracidade à parte que se recusou (artigo 400, I), não traz à parte beneficiada nem de perto a mesma consequência favorável que lhe traria a efetiva produção da prova, revelando-se um excelente negócio para o sujeito que se recusa a produzir determinada prova. Ao fim e ao cabo, essa possibilidade legítima de recusa faz com que a prova não seja valorada de maneira racional, tendo-se, portanto, maior tendência à prolação de decisões injustas.⁷⁸

2.4 A Existência de Controvérsia e Relevância sobre as Alegações de Fato como Pressuposto para a Necessidade de Produção Probatória

O direito fundamental à prova é, sem dúvidas, um dos pilares que sustentam um Estado Democrático de Direito. No entanto, nem todos os fatos - ou melhor conceituando: alegações de fato - discutidos no processo podem ser objeto de prova, e tal questão está devidamente positivada na legislação processual pátria.⁷⁹ Em tais hipóteses o juiz, via de regra, está dispensado de formar sua convicção sobre esses fatos expostos de forma individual, devendo, no entanto, considerá-los quando da aferição de todo o conjunto probatório no momento da decisão.

Carnelutti⁸⁰, ao conceituar a prova, afirma que ela é usada como controle da verdade de uma proposição, no caso, não se fala de prova senão relativamente a algo que está sendo afirmado. Portanto, não pertence à prova o procedimento pelo qual se descobre uma verdade

⁷⁸ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 78-81.

⁷⁹ Art. 374, CPC: “Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

⁸⁰ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova*. 2. ed. Tradução Amilcare Carletti. São Paulo: Pilares, 2016. p. 47-48 e 73. Conceituando a prova de maneira semelhante e complementar, Eduardo Couture afirma: “*La prueba civil, a pesar de lo que dicen ciertas definiciones legales, no es un medio de averiguación, sino un medio de contrator de las proposiciones de hecho formuladas por las partes. Según el viejo aforismo "probar es vencer", porque probar es persuadir de la verdad de los hechos, de la misma manera que alegar es persuadir de la verdad de la tesis de derecho*”. COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar, 1948. t. 1, p. 65.

não afirmada, mas aquele pelo qual se demonstra ou se verifica uma verdade efetivamente afirmada. Entre os fatos não afirmados pelas partes, e que, portanto, não existem para o juiz, e os fatos afirmados por elas, que certamente existem para o magistrado, está a zona neutra dos fatos que foram afirmados por uma das partes mas não admitidos pela outra, os quais podem existir ou não. São assim os chamados fatos controvertidos, os quais constituem, de regra, matéria da prova.

Seguindo tal premissa, Darci Ribeiro⁸¹ tece alguns esclarecimentos sobre os fatos controvertidos, ao afirmar que “a controvérsia é gênero em que a discussão é espécie, ou seja, todo fato discutido é um fato controvertido, mas nem todo fato controvertido é um fato discutido, porque a controvérsia abrange também o silêncio e a declaração de não-saber”. Tal questão revela-se deveras importante para a compreensão do tema porquanto, não raras vezes, uma das partes afirma determinado fato e a outra silencia, situação que, para grande parte dos juízes, redundaria em tornar o fato incontroverso em face do silêncio, incidindo assim, a previsão do artigo 374 do CPC. Contudo, a declaração de não-saber e o silêncio não têm o condão, em princípio, de retirar a controvérsia do fato, nem legitimam o juiz a dispensar a prova, haja vista que a incontrovérsia somente se convalidaria se aquele que tinha o ônus de se manifestar em sentido contrário não o fez.

A relevância da prova, por seu turno, é um critério lógico que deve ser aplicado em relação à alegação do fato que a parte pretende comprovar. É requisito essencial, para a análise do *thema probandum*, que a prova pretendida seja relevante e tenha condições concretas de influir na decisão judicial. Tal afirmativa ascende por uma razão evidente: se o fato que se pretende provar não tem condições de influir na decisão, sua produção obviamente é despicienda. Nos dizeres de Dinamarco⁸², “o fato é irrelevante quando, com ele ou sem ele, a decisão será a mesma”.

⁸¹ De forma muito clara e objetiva o autor exemplifica a questão: “[...] se ele não tem o ônus de se manifestar em sentido contrário, não se lhe podem atribuir as consequências da incontrovérsia, e.g., se a autora afirma, numa ação negatória de paternidade, que o marido não é o pai da criança (art. 346 do C.C) e sobre esse fato, ele, o réu, silencia, não significa dizer que o fato seja incontroverso, isto é, não lhe pode ser excluída a paternidade pela simples afirmação da mãe conjugada ao silêncio do pai, porquanto ele não tinha o ônus de se manifestar em sentido contrário”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 83.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3, p. 65. A respeito do tema: “Por outro lado, somente alegações a respeito de fatos pertinentes e relevantes para o processo constituem objeto de prova. Assim, pouco interessa para o processo a afirmação e, conseqüentemente, a prova de fatos não importantes à solução do litígio por exemplo, nenhuma relevância existiria na afirmação, e conseqüente prova, quanto às circunstâncias em que a petição inicial foi elaborada, se estava chovendo naquele instante ou não, se a aceitação da causa foi ou não difícil etc. - já que não constituem esses elementos pontos (ou questões) sobre os quais é possível controverter no processo.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 252.

Deitando os olhos mais atentamente sobre o tema, verifica-se que a relevância da prova pode estar relacionada ao fato principal que constitui a demanda ou sobre um fato secundário, mas através do qual seja possível derivar consequências relativas ao fato principal. Na primeira hipótese, típica da prova direta, o critério de relevância da prova coincide com o da relevância jurídica do fato a ser provado. Na segunda, típica da prova indireta, a relevância da prova é determinada através de um critério lógico que possibilita a formulação de inferências probatórias do fato secundário sobre o qual versa a prova até chegar-se ao fato jurídico que efetivamente necessita ser comprovado. A relevância da prova, portanto, é justificada pela exigência de garantir um correto desenvolvimento do processo, mediante uma obra de seleção, dirigida a excluir as atividades probatórias que não se revelam úteis à verificação dos fatos da causa.⁸³

São considerados irrelevantes os fatos impossíveis e também os fatos que, embora possíveis, sua comprovação se revele impossível. Como fato impossível, se revela determinada situação que viole as leis da natureza, como por exemplo a lei da física que afirma que nenhum corpo pode ocupar dois lugares ao mesmo tempo, ou eventual pretensão de se comprovar que um homem está grávido. Caso uma das partes tente alegar tal possibilidade em juízo, obviamente que a parte contrária estará desobrigada a fazer prova em sentido contrário. Já em relação aos fatos que, embora possíveis, tenham sua comprovação impossível por (i) disposição de lei ou (ii) pela natureza do fato, toma-se como exemplo o revogado artigo 401 do CPC de 1973, que dizia que “a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.”⁸⁴

2.5 Fatos que Não Dependem de Provas

Conforme se verificou anteriormente, há determinados fatos que não necessitam ser provados, conforme redação do já transcrito artigo 374 do CPC. Nos casos insertos nesse dispositivo, a parte estaria dispensada do ônus da prova que eventualmente recaísse sobre fatos notórios, fatos incontroversos, fatos confessados e fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Embora não conste de forma positivada, conforme também já se verificou, os fatos irrelevantes igualmente não necessitam ser provados.

⁸³ DEMARI, Lisandra. Juízo de relevância da prova. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo Direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 176-178.

⁸⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 86.

No entanto, “a razão de o fato não necessitar de prova, em um determinado processo, não lhe retira o caráter de poder influenciar na decisão judicial, não lhe retira o seu enquadramento no objeto da prova [...]”.⁸⁵ Para Devis Echandia⁸⁶, o objeto da prova pode ser tudo aquilo que, sendo de interesse para o processo, é passível de demonstração histórica (como algo que existiu, existe, ou possa vir a existir), e não apenas lógica (como seria a demonstração de um silogismo ou de um princípio filosófico). Portanto, é necessário que haja a devida observância ao fato que se busca comprovar, analisando se sobre ele paira a aptidão de influenciar na decisão judicial e, caso positivo, este fato ainda se enquadra no objeto da prova.

Os fatos notórios podem se conhecidos de ofício pelo juiz, no entanto, essa possibilidade não implica necessariamente que o mesmo possa delas valer-se sem possibilitar às partes o direito ao contraditório, nos termos do artigo 10 do diploma processual civil, que assim estabelece: “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Exsurge, assim, a importância do despacho saneador e a necessidade de que o juiz especifique essas questões relevantes mencionadas pelo legislador, de modo a permitir que as partes possam contraditá-las e, assim, ter a possibilidade de influírem na formação do convencimento judicial.⁸⁷

A notoriedade é uma das qualidades do fato, tendo em conta o seu conhecimento no momento e no lugar em que a decisão é proferida. Isso porque, um fato pode ser notoriamente conhecido em um lugar e não em outro. Quanto ao momento, importante esclarecer que um fato pode se tornar, ou mesmo ter sido, notório, motivo pelo qual a notoriedade está umbilicalmente vinculada ao momento da decisão. Nos dizeres de Marinoni e Arenhart⁸⁸, um determinado fato pode ser “(i) presenciado pelo público ao ocorrer; (ii) mais tarde ser transmitido ao conhecimento do público; ou ainda (iii) restar esquecido”.

Nessa quadra, a parte que deduz a afirmação do fato alegadamente notório deve provocar o juiz por duas razões: deverá ser oportunizado à parte contrária o devido contraditório, e deverá o próprio juiz se manifestar pelo acolhimento ou não da alegação. Caso o magistrado entenda pelo desacolhimento da afirmação de notoriedade, a parte estará ciente de que possui o ônus de demonstrar a afirmação até então tida por notória. De outra banda, em

⁸⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 76.

⁸⁶ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia, 1976. t. 1, p. 155.

⁸⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 5, p. 34-35.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convencimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 135-136.

sendo reconhecido pelo juiz o caráter notório do fato, as partes desde já ficam cientes que a regra do ônus da prova não será aplicada a ninguém, reputando-se verdadeira a afirmação sobre o fato para fins de atribuição da consequência jurídica que dela decorra.⁸⁹

No entanto, é necessário que fique claro que a notoriedade não é um elemento essencial do fato, mas sim uma circunstância acessória, nesse sentido, provar que determinado fato é notório não equivale a provar a verdade. Conforme se viu anteriormente, a notoriedade é um conceito relativo, não existindo para todos os homens, sem limitação de tempo e espaço. O fato para ser notório não necessita ser conhecido, mas precisa ser compreensível e cognoscível, ou seja, apreensível por qualquer homem de *cultura média* no momento da decisão.⁹⁰ Seguindo a mesma linha de raciocínio acerca da notoriedade do fato, Fernando Escribano afirma que “*cuando los hechos son tan generalizadamente percebidos o son divulgados sin refutación con una generalidad tal que un hombre razonable y com experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en ele proceso en base a la práctica de la prueba*”.⁹¹

Os fatos tidos como incontroversos na demanda, de igual forma, prescindem de atividade probatória por questões lógicas que podem ser extraídas, por exemplo, do conteúdo que alicerça o direito fundamental à duração razoável do processo e o princípio da economia processual. Se determinado fato foi afirmado por um dos litigantes e também alegado pelo outro para embasar seu pedido, ou então simplesmente esse outro silenciou em relação àquela afirmação – lembrando que a questão somente se convalidaria se a parte que silenciou tinha o ônus de se manifestar em sentido contrário e não o fez -, se diz que o fato restou incontroverso, e sobre ele não há razões para que recaia a produção probatória.

Segundo Darci Ribeiro⁹², o fato somente pode ser considerado incontroverso – além das hipóteses em que a parte confessa expressamente fato contrário ao seu interesse -, quando a quem

⁸⁹ REIS, Maurício Martins; MELLO, Rafael Corte. O novo código de processo civil e as (re)definições tópicas dos fatos independentes de prova e das máximas de experiência. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5, p. 778-779. A respeito do tema: “O fato notório não depende de prova. Mas, para tanto, deve ser aceito com essa qualidade. Se o réu contesta a notoriedade do fato, o autor pode provar o fato afirmado notório ou apenas a sua notoriedade. Não é necessário que o autor prove o próprio fato afirmado como notório, bastando provar a sua notoriedade. Ainda que a notoriedade possa ser considerada um indício da existência do fato, a partir da regra de experiência de que o fato considerado notório em geral existe, não é possível esquecer que essa regra de experiência foi expressamente adotada pelo art. 374, I, que estabeleceu que o fato notório independe de prova. Ora, se o art. 374, I, reza que o fato notório não depende de prova, basta demonstrar a sua notoriedade.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 277.

⁹⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 97-99.

⁹¹ MORA, Fernando Escribano. *La prueba en el proceso civil*. San Salvador: Escuela de Capacitación Judicial, 2002. p. 37.

⁹² RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 5, p. 39-40.

incumbia se manifestar silencia, neste caso, é o silêncio da parte que tinha o ônus de não silenciar que torna o fato incontroverso. Nesse caso, importa saber se o silêncio pode ser considerado como elemento de manifestação da vontade; embora haja grande divergência sobre o ponto, o autor afirma que vem predominando o entendimento no sentido de que o silêncio é considerado um meio de prova, apesar de não constar em nenhum dispositivo do CPC, porquanto é capaz de influenciar o magistrado tanto quanto qualquer outro meio de prova, podendo se extrair de tais ensinamentos que o silêncio de quem não deveria silenciar gera uma presunção *iuris tantum* se dos autos não restar provado em contrário, ou se não houver a incidência das hipóteses previstas nos incisos I, II e III do artigo 341 do Código de Processo Civil⁹³.

Se o juiz não pode colocar na sentença um fato não afirmado por uma parte, significa que, para ele, esse fato não afirmado não existe. Não há, portanto, para o fato não afirmado, alguma incerteza, pois não poderá surgir a respeito dele o grande problema que se apresenta para o fato afirmado e não provado; este pode ser ou não ser, aquele com certeza não é. Nesse sentido, Carnelutti⁹⁴ leciona que a afirmação de um fato por parte de um litigante pode corresponder à afirmação do mesmo fato por parte do outro, e isso ocorre enquanto o outro também coloque aquele fato como pressuposto do seu pedido ao juiz. Exemplificando a questão, o jurista italiano considera Fulano pedindo ao juiz para que condene Beltrano à restituição da quantia mutuada; Se Beltrano, por seu turno, refuta o pedido de Fulano sob o argumento de que a quantia mutuada já foi restituída, há nisso uma afirmação bilateral da conclusão do contrato de mútuo e da entrega da quantia ao mutuário, porque também Beltrano põe esses fatos como premissas do seu pedido. Portanto, essa afirmação bilateral demonstra de forma cristalina os fatos incontroversos (existência do contrato de mútuo e entrega da quantia ao mutuário) e também o fato controvertido (se houve ou não a restituição da quantia mutuada).

Não obstante, a incontrovérsia de um fato não significa reconhecimento do pedido, este muito mais amplo e significativo, porquanto não importa apenas em anuência do réu com determinada narrativa da petição inicial, mas igualmente com as consequências jurídicas pretendidas pelo autor. Se em audiência o réu reconheça que atingiu o veículo do autor na parte traseira, não será necessário que as partes produzam provas acerca desse fato, no entanto, ainda que ela seja a situação fática principal, o demandado poderá discordar das consequências

⁹³ Art. 341: Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*: parte geral: o conceito jurídico da prova. 2. ed. Tradução Amilcare Carletti. São Paulo: Pílares, 2016. p. 40-46.

jurídicas dela advindas. Pode discordar, por exemplo, do valor pretendido a título de danos materiais, ou ainda discordar da culpa, afirmando que o motivo da colisão foi uma manobra imprudente em marcha ré por parte do autor.⁹⁵

Igualmente aos fatos notórios e aos fatos incontroversos, os fatos confessados prescindem de prova, estando suas hipóteses classificadas no artigo 389 do CPC⁹⁶. Conforme se verificou ao abordar a temática dos fatos incontroversos, um fato que tenha sido alegado por uma parte e confessado pela outra não é capaz de, por si só, conduzir a causa à procedência. Isso porque, é necessário que sejam devidamente observadas as consequências jurídicas provenientes do fato confessado.

Nessa toada, a confissão irá gerar duas consequências: a dispensa de prova do fato pela parte contrária, nos termos do artigo 374, II, CPC, e a presunção de veracidade (quase absoluta) sobre o fato o qual recaiu a confissão. Importante que se perceba, porém, que a mera dispensa de prova sobre o fato confessado não vai de encontro à possibilidade de o juiz chegar a uma conclusão diversa da que decorre a confissão. Assim, não há racionalidade em aceitar um fato, ainda que confessado, que seja contrário aos outros fatos aceitos como verdadeiros pelo juiz, ou que colida com a lógica das regras de experiência.⁹⁷ Contudo, para uma compreensão mais profunda acerca do tema, é necessária uma breve distinção conceitual entre confissão, admissão, não contestação e reconhecimento jurídico do pedido, para que somente então seja possível visualizar de forma mais nítida o arcabouço do que é, efetivamente, um fato confessado.

Analisando o artigo 389 do CPC, verifica-se, de antemão, a presença de um grande equívoco na redação do dispositivo, tendo em vista que o legislador equipara confissão à admissão, ainda que alguns artigos antes (artigo 374, II e III, CPC), de forma totalmente contraditória, realize a devida distinção conceitual. Embora haja esse antagonismo, confissão e admissão são conceitos diversos, e como tal devem ser tratados.

Conforme esclarece Darci Ribeiro⁹⁸, para que um fato seja devidamente confessado é necessário que essa confissão advenha de uma efetiva declaração, não bastando, para tanto,

⁹⁵ REIS, Maurício Martins, MELLO, Rafael Corte. O novo código de processo civil e as (re)definições tópicas dos fatos independentes de prova e das máximas de experiência. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5, p. 780-781.

⁹⁶ Art. 389: “Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.”

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 139.

⁹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 89-90.

uma mera admissão. Nesses termos, a confissão é um ato jurídico *stricto sensu*, e não um negócio jurídico - conforme defendia Carnelutti⁹⁹ até 1931 -, podendo ser considerada um *plus* à admissão, exigindo que haja uma exteriorização do pensamento, de forma oral ou escrita. Não é possível que os efeitos da confissão sejam preestabelecidos pela vontade do confitente, mas apenas e tão-somente pelo que previamente preveem as normas jurídicas respectivas. A referida afirmativa se coaduna com a regra que determina que a confissão é indivisível (artigo 395, CPC¹⁰⁰), não podendo a parte que a quiser invocar como prova valer-se apenas da parte que lhe for favorável.

No que concerne ao conceito de admissão, é possível defini-la, a partir de Carnelutti¹⁰¹, tomando como premissa a distinção existente entre alegação e asseveração. Enquanto aquela diz respeito a uma informação a título de razão, essa última refere-se a uma informação a título de verdade (de um fato). A admissão, portanto, distingue-se da confissão precisamente porque é uma alegação e não uma asseveração. Além do mais, trilhando a mesma lógica, entende-se admissão como a não discussão da verdade de uma afirmação adversa, sem dizer ou sem dar a entender que a parte conhece o fato, ou nas exatas palavras do autor “*quando a afirmação é feita sem declaração de que se conhece o que se declara, sempre que esse quid for contrário ao interesse de quem a faz, existe admissão e não confissão*”.

Se a confissão é um ato jurídico *stricto sensu*, conforme se verificou, o reconhecimento jurídico do pedido, por seu turno, refere-se a um efetivo negócio jurídico processual, revelando-se como uma admissão mais ampla – do próprio pedido e não de um fato. Diferentemente do que ocorre na confissão e na não contestação, em que a parte aceita determinado fato como verdadeiro, não importando necessariamente na procedência do pedido, no reconhecimento jurídico do pedido o réu – e somente o réu pode fazê-lo, por ser um ato que lhe é exclusivo - abre mão do seu direito material e impede que o juiz solucione o litígio de forma contrária ao pedido juridicamente reconhecido.¹⁰² Complementando o substrato conceitual do

⁹⁹ Sobre a mudança de pensamento de Carnelutti: “*A opinião de que a confissão civil é um negócio jurídico foi modificada por Carnelutti em 1931 ao escrever a monografia *Recognitio e comparativo personarum (Studi di dir. proc., III, p. 297)*. Nela (p. 307-8, nota 5) ele expõe a razão da mudança, fazendo remontar a dívida a 1925, quando, no volume quarto das *Lezioni di dir. proc. civ.* (p. 402), ele ainda não mencionava, entre os negócios jurídicos processuais, a confissão. No Sistema, em contrapartida (II, p. 76), a confissão figura entre os atos facultativos.*” CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova*. 2. ed. Tradução Amilcare Carletti. São Paulo: Pílares, 2016. p. 275.

¹⁰⁰ Art. 395: “A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, porém cindir-se-á quando o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção”.

¹⁰¹ CARNELUTTI, op. cit., p. 259.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 139-140.

reconhecimento jurídico do pedido, de grande valia se mostra a contribuição de Chiovenda¹⁰³, quando afirma que “*El reconocimiento es la declaración del demandado de que la demanda del actor está jurídicamente fundada. En esto se diferencia de la confesión, la cual recae sobre los hechos concretos, fio sobre la afirmación Jurídica en su integridad.*”

No entanto, a temática da confissão merece uma ressalva, no sentido de que ela não poderá, como intuitivo, incidir sobre direitos indisponíveis, tampouco poderá prejudicar litisconsortes. Em relação aos litisconsortes, a regra extraída do CPC¹⁰⁴ tem sua razão de ser no fato de que eles são considerados litigantes distintos – com exceção do litisconsórcio unitário¹⁰⁵ - e os atos de um não poderão prejudicar os demais. Porém, o que a parte disse poderá ser analisado diante de um contexto global, sendo apreciado como comunicação de conhecimento, ou seja, “apesar de não poder o magistrado utilizar essa comunicação de conhecimento como elemento objetivo da sentença para condenar os demais litisconsortes, certamente ela o influenciará subjetivamente”¹⁰⁶, podendo o juízo, nesses casos, interpretar os fatos conjuntamente com o acervo probatório produzido, formando sua convicção e fundamentando a sentença nos exatos termos estabelecidos pelo legislador processual, observando, principalmente, a necessidade de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada.

Por fim, também não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. A presunção finca raízes em uma ideia de que o conhecimento de determinado fato poderá ser induzido através da análise de outro, ao qual, muitas vezes, o primeiro está conectado. As presunções poderão ser simples ou legais, e estas últimas se ramificam em absolutas (*iuris et de iure*) e relativas (*iuris tantum*).

¹⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução espanhola José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925. p. 190. No mesmo sentido: “Ao reconhecer juridicamente o pedido, o autor concorda com as consequências jurídicas que o autor extrai da causa de pedir, reconhecendo a procedência do pedido formulado. O reconhecimento jurídico do pedido não se confunde, portanto, com a confissão (arts. 389 e ss.), que é admissão de fato contrário ao interesse e cujo valor é probatório, não vinculando o convencimento judicial. Nada obstante a origem comum na confessio romana, reconhecimento e confissão são institutos distintos. Quando há reconhecimento, o juiz tem de simplesmente homologá-lo, não podendo julgar a lide de modo contrário. Diante do reconhecimento, o juiz pode apenas controlar se aquele que reconheceu o pedido tinha ou não capacidade para fazê-lo. Se não tinha, pode recorrer a homologação. Do contrário, o reconhecimento jurídico do pedido impõe a sua homologação e a extinção do processo sem resolução de mérito. O reconhecimento jurídico do pedido independe de prazo, podendo ocorrer ao longo de todo o processo.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 178.

¹⁰⁴ Art. 391: A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.

¹⁰⁵ Art. 117: Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar.

¹⁰⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 5, p. 38.

Por presunção é possível entender uma dedução que identifica o fato desconhecido a partir do fato conhecido, sendo que as formas de raciocínio do homem em geral, e também do juiz, baseiam-se muito nessas presunções, que seriam uma modalidade de prova indireta do conhecimento. A presunção supõe um concurso de três circunstâncias: um fato conhecido, um fato desconhecido e uma relação de causalidade entre eles. A partir da conjugação dessas três circunstâncias, extrai-se a ideia de que somente fica fora do alcance da prova a relação de causalidade e o fato desconhecido, recaindo sobre o fato conhecido a produção probatória, diferentemente do que defendem muitos doutrinadores, ao afirmarem, de forma errônea, que a presunção, em sua completude, não depende de prova.¹⁰⁷

Taruffo¹⁰⁸ define as presunções como deduções que o juiz extrai de um fato conhecido para chegar a um fato ignorado. A presunção, portanto, resulta de uma inferência formulada pelo juiz, que chega a determinada conclusão sobre o fato a ser provado (o fato ignorado), partindo de um fato já conhecido ou provado (o fato conhecido), que serve de premissa para um raciocínio baseado em máximas de experiência. Nesse sentido, verifica-se que em alguns casos (*praesumptiones hominis*) o legislador deixa as presunções ao prudente arbítrio do juiz, exatamente por se tratar de raciocínios e inferências que dependem de sua convicção e discricionariedade. Em outros (*praesumptiones iuris*), no entanto, o legislador desconfia dessa prudência do juiz, e também da sua capacidade de formular inferências fáticas, ficando a seu encargo a responsabilidade pelo prévio raciocínio dedutivo. Complementando a ideia de Taruffo, Darci Ribeiro leciona que “enquanto as presunções legais servem para dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial, as presunções feitas pelo homem-juiz cumprem uma função exclusivamente processual.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 66-67. Exemplificando a questão das presunções, importante trazer a lição de Chiovenda: “*Por ejemplo, el poseedor se presume de buena fé; quien alegue la mala fé debe probarla (Cód. civ., art. 702); el poseedor actual que pruebe haber poseído en tiempo lejano, se presume que ha poseído también en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario (Cód. civil, art. 691); la pared divisoria se presume común (Cód. civ., artículo 546); presúmese concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de los 180 días siguientes a la celebración y antes de los 300 de la disolución o nulidad del matrimonio (Cód. civil, artículo 60), etc.*” CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução espanhola José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925. p. 246-247.

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Traducción Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005. p. 471.

¹⁰⁹ RIBEIRO, op. cit., p. 67-69. Na mesma obra, de maneira muito objetiva, o autor indica a função exercida pelo juiz e pelo legislador em cada caso: “Nas *praesumptiones hominis*, também conhecidas por simples, comuns ou de homem, e que para os criminalistas, chamam-se de indícios e, para os ingleses, denominam-se circunstâncias, o raciocínio dedutivo é feito pelo homem. Aqui, o legislador não quis legalmente presumir o fato desconhecido, deixando, em especial, ao juiz fazer o raciocínio necessário, a fim de chegar à descoberta do fato desconhecido, utilizando a experiência comum ou técnica, a fim de obter o convencimento necessário. [...] Nas *praesumptiones iuris*, o raciocínio dedutivo é feito pelo legislador. Encontram-se estabelecidas na lei, e quem as tem em seu favor, segundo inc. IV do art. 334 do CPC, está dispensado do ônus da prova do fato desconhecido.” *Ibid.* p. 67. A respeito do dispositivo mencionado pelo autor (artigo 334, IV, do CPC de 1973),

Luis Alberto Reichelt¹¹⁰, analisando a relação existente entre as presunções judiciais e as regras sobre ônus da prova, estabelece importantes critérios que os entrelaçam dialeticamente com a formação do convencimento judicial e com a construção da decisão a ser proferida no caso concreto. Em relação às presunções absolutas, refere o autor que, pelo fato delas não admitirem prova em contrário, não se verifica a produção de qualquer reflexo concernente à repartição do ônus da prova. As presunções legais absolutas determinam, portanto, uma isenção do ônus da prova, “tornando inócuo qualquer esforço desenvolvido em sede de instrução processual a respeito da alegação sobre fato alcançado pela presunção”.

Por outro lado, no caso das presunções legais relativas, a parte contrária possui o ônus de provar a inverdade da alegação sobre o fato presumidamente verdadeiro, de modo que, nesses casos, emerge uma regra de julgamento baseada na ideia de inversão do ônus da prova. Ascendendo prova no sentido contrário daquele proposto pela presunção legal relativa, é necessário que haja a construção de uma solução no âmbito do convencimento judicial, “que passa a ter fundamento na aplicação de critérios de valoração da probabilidade associada à prova contrária à presunção”.¹¹¹ Caso não haja a ascendência de prova antagônica à presunção judicial relativa, a decisão sobre o fato cujo suporte seria a presunção deve ser pautada na aplicação da regra de ônus da prova proveniente da sua incidência.¹¹²

Se verifica, portanto, que as presunções legais *iuris tantum* não proporcionam informações empíricas através de elementos de prova, mas apresentam natureza de normas jurídicas que, considerando certos valores, impõem que seja considerada verdadeira uma situação que poderia ser até falsa, mas ao mesmo tempo, permitem que a verdade possa ser evidenciada por prova em contrário. Clássico exemplo encontrado na doutrina, e que também está positivado na Legislação Civil brasileira, é a presunção de morte de alguém que está

frisa-se que, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, essa previsão legal encontra-se atualmente positivada no artigo 374, IV.

¹¹⁰ REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 229. Sobre as presunções absolutas, Marinoni e Arenhart complementam a ideia ao afirmarem que “Essa negativa de valoração pelo juiz decorre da simples constatação de que, na presunção absoluta, altera-se, em última análise, o próprio suporte normativo que rege a situação. Ou seja: a presunção absoluta não importa apenas em uma forma de “redistribuição” do ônus da prova, mas em uma influência na própria regra de direito material, que passa a incorporar em sua hipótese descritiva os novos elementos contidos na norma que estabelece a presunção absoluta. Essa é a razão pela qual não se admite, diante das presunções absolutas, a prova em contrário, nem mesmo se considera viável que o juiz afaste essa presunção diante da completa ilogicidade do silogismo. Isso tudo pouco importa, já que a própria regra de direito material vem conformada pela presunção, de onde resulta que, mesmo diante da comprovação fática em contrário, essa é a situação qualificada pelo direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 167-168.

¹¹¹ REICHELT, op. cit., p. 229-230.

¹¹² Ibid., p. 229-230.

desaparecido em campanha e não for encontrado por um período de até dois anos após o término da guerra (artigo 7º, II, Código Civil). Nessa hipótese, contudo, a decisão do juiz pode ser desmentida pelo aparecimento posterior do (até então tido como) morto.¹¹³

¹¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE-RS)*, Porto Alegre, v. 33, n. 70, p. 79-86, jul./dez. 2012.

3 DEMOCRATIZAÇÃO DA PROVA E DECISÃO JUDICIAL

O direito fundamental à prova no processo se revela como um elemento articulador necessário à conformação do direito ao processo justo. Em face da força normativa da Constituição, diversos direitos e garantias que nela estão previstos refletem diretamente sobre o Processo Civil, como o contraditório, a ampla defesa, a vedação das provas ilícitas e o dever de fundamentação das decisões judiciais. Se, conforme já foi verificado, uma das funções primordiais da prova no processo é buscar a verdade das alegações de fato das partes, é necessário que a abordagem e a compreensão acerca do Direito probatório se realizem não apenas na perspectiva processual, mas principalmente levando em consideração as normas insertas na Constituição.

Portanto, a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham oportunidade de demonstrar os fatos que alegam. O direito à prova, na perspectiva da efetividade, é o direito de poder influir eficazmente no convencimento do juiz, mediante a utilização de todos os meios probatórios (típicos ou atípicos) considerados moralmente legítimos pelo ordenamento jurídico e aptos a demonstrar a existência dos fatos relevantes para a causa. Nos dizeres de Eduardo Cambi¹¹⁴, o reconhecimento de um direito constitucional à prova no Processo Civil implica na impossibilidade da criação de obstáculos legislativos irracionais que venham a tornar excessivamente difícil a produção probatória.

George Marmelstein¹¹⁵, comparando com aqueles direitos reputados não fundamentais, conceitua os direitos fundamentais como direitos subjetivos privilegiados, intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação de poder, positivados no plano constitucional como merecedores de uma proteção especial. Canotilho¹¹⁶ complementa o conceito de Marmelstein, ao afirmar que além de sua extensão subjetiva, os direitos fundamentais também possuem um caráter objetivo, “considerando que não se limitam a produzir seus efeitos somente para assegurar um direito individual no caso concreto, tendo também reflexos autônomos sobre a atuação dos poderes públicos (em sua efetivação) e o ordenamento jurídico”.

Se o direito à prova encontra fundamento constitucional na garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, não se pode esquecer que o direito à produção

¹¹⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3, p. 170.

¹¹⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

¹¹⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 534.

probatória também é um pressuposto necessário ao exercício do direito de ação e do acesso ao judiciário. Assim, o contraditório e a ampla defesa abrangem os seguintes direitos: de informação, na medida em que as partes devem ter ciência dos atos praticados no processo, de manifestação, em face do direito das partes de se pronunciar sobre os atos praticados e as provas produzidas, e de ter considerada sua argumentação, o que indica o dever subjacente do magistrado de, além de levar em consideração as razões das partes, motivar adequadamente todas as suas decisões, nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal.¹¹⁷

Processo e democracia são conceitos que se entrelaçam e devem ser analisados conjuntamente. O processo deve estar sempre a serviço da concretização substancial da Constituição e refletir as bases do seu regime democrático. O exercício não-arbitrário do poder é uma das marcas que caracteriza o Estado Democrático de Direito, tendo o Direito Processual um papel fundamental para restringir o campo de atuação das autoridades estatais, para que jamais o poder delas emanado ultrapasse os limites impostos pela lei. Nessa quadra, o reconhecimento do direito à prova como um direito fundamental é um dos pontos mais relevantes da transição de um regime processual autoritário para um regime processual democrático, pois possibilita a maior participação das partes em contraditório e assegura a maior aproximação da justiça da decisão.¹¹⁸

De acordo com Taruffo¹¹⁹, o direito de apresentar todas as provas relevantes é parte essencial das garantias gerais de tutela dos direitos e do direito de defesa, tendo em vista que a oportunidade de provar os fatos que sustentam as pretensões deduzidas em juízo é condição de possibilidade para a efetividade de tais garantias. Um argumento claro que apoia o direito fundamental à prova é o de que as garantias processuais das partes seriam meramente formais e vazias se a elas fossem proibidas apresentar todos os meios de prova relevantes para embasar suas versões dos fatos em litígio. Destarte, o direito de apresentar em juízo todas as provas relevantes é um aspecto essencial do devido processo legal, devendo ser reconhecido como pertencente ao rol de garantias fundamentais das partes.

Não obstante o direito fundamental à prova esteja blindado por garantias constitucionais, há hipóteses em que acontece, ou pode acontecer, de a parte não ter a oportunidade de apresentar provas relevantes, pelo fato de o juiz considerar que devam prevalecer motivos processuais diferentes ou opostos. Nestes casos, pode ocorrer de o direito

¹¹⁷ CARDOSO, Oscar Valente. O direito à prova como um direito fundamental. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 74, p. 64-75, maio 2009.

¹¹⁸ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3, p. 99-101.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 54.

a apresentar provas relevantes ser sacrificado em favor da proteção de valores ou interesses extraprocessuais, como por exemplo no caso de privilégios profissionais. Esse tipo de conflito é muito complexo, pois um Direito Processual fundamental, como é o direito à prova, tem de ser ponderado com direitos ou interesses pertencentes a outras áreas do sistema jurídico. Pode ocorrer ainda, que tais direitos sejam também considerados fundamentais, pois se dirigem à proteção de interesses individuais básicos ou de valores públicos importantes. Todavia, na perspectiva da aplicação efetiva dos direitos processuais fundamentais, as situações nas quais um direito de interesse extrajudicial deve prevalecer – afetando ou anulando o direito à prova – deveriam ser reduzidas a poucos casos excepcionalmente relevantes. Vale dizer: somente a proteção de outro direito constitucional ou fundamental justificaria – através de um discurso racional por parte do Tribunal – o sacrifício do direito à prova. Sempre que possível, devem ser criados mecanismos democráticos específicos com o objetivo de que se protejam segredos relevantes sem que isso redunde na perda de direitos processuais das partes e os principais valores ligados à busca da verdade.¹²⁰

A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do Direito Processual e seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional. O processo moderno não pode mais ser visto como mera ferramenta de aplicação do direito material, mas sim como um instrumento de efetiva participação democrática e busca pela tendencial completude do material probatório; ele é, por assim dizer, “o microcosmos democrático do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.”¹²¹

Importante consideração surge quando se analisa – e se analisará com maior profundidade em tópico específico - o dever de fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, ainda que interlocutória. Não é possível ao órgão jurisdicional indeferir a produção da prova por já estar convencido a respeito da alegação de fato, pois, neste caso, estaria havendo uma nítida confusão entre juízo de admissibilidade e juízo de valoração da prova. Como é evidente – ainda que na prática muitos juízes não procedam de tal forma – só é possível valorar a prova efetivamente produzida, porquanto “os requisitos objetivos que configuram o direito à

¹²⁰ TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 55-56.

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27.

admissão da prova funcionam como verdadeira proibição à inadmissão da prova por valoração antecipada da alegação de fato.”¹²²

Acerca da valoração antecipada da prova, é possível que se extraia a mesma ideia de proibição, em sede de direito comparado. Mais especificamente no Processo Civil português, Rui Manuel de Freitas Rangel afirma que a denominada valoração antecipada desvirtua a essência e a finalidade da prova, sendo uma situação que deve ser combatida. Para o autor, o fato de o juiz extrair elementos para a formação da sua convicção antes mesmo das provas serem produzidas é uma prática que deve ser rechaçada, pois confunde livre apreciação das provas com discricionariedade, o que é indesejável, por subverter a pureza, o rigor, a lealdade e a verdade em que deve assentar a convicção do juiz.¹²³

3.1 Do Ônus ao Dever de Provar: a Reestruturação da Responsabilidade Probatória e o Papel da Segurança Jurídica no Processo Civil Contemporâneo

O CPC de 2015 manteve, como regra geral, a clássica distribuição acerca do ônus da prova, nos exatos moldes estabelecidos pelo Código Buzaid de 1973. A regra que antes era prevista no artigo 333, incisos I e II, agora conta com a mesma redação no artigo 373, incisos I e II.¹²⁴ No entanto, diversas novidades foram positivadas pelo legislador e algumas delas merecem destaque. Na atual estrutura probatória caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento de mérito.¹²⁵ Considerando-se que este parece ser o ponto mais sensível e problemático do capítulo que trata das provas, reservou-se um tópico específico para uma abordagem mais aprofundada sobre o assunto.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 657. A título de complementação, expõem os autores: “A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer em sua articulação mínima, em síntese: (a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para; (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) acertamento das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta. Em “a” devem constar, necessariamente, os fundamentos arguidos pelas partes, de modo que se possa aferir a consideração séria do órgão jurisdicional a respeito das razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais.” Ibid. p. 668.

¹²³ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 78.

¹²⁴ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

¹²⁵ “Esse dispositivo se constituía no art. 130 do CPC/73. Agora desdobrado em caput e parágrafo, não introduziu alterações sintáticas. Evidentemente, se o seu texto é o mesmo, a sua norma deverá ser diferente, na medida em que o CPC se inscreve em um novo paradigma de compreensão, isto é, do superado paradigma da subjetividade parte-se para a intersubjetividade.” FREIRE, Alexandre (Coord.). STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 720-721.

Primeiramente é importante pontuar que ônus e dever não podem ser tratados como se sinônimos fossem. Dever é uma ordem, algo imposto sobre o qual, o seu destinatário, em regra, não possui discricionariedade sobre fazer ou não fazer e nem sobre como fazer. Seu desatendimento geralmente acarreta uma sanção posterior. Ônus, por seu turno, é uma faculdade cujo exercício é pressuposto necessário à consecução de um interesse. É uma oportunidade dada ao indivíduo que, se não for desempenhada, lhe deixará em uma situação jurídica desfavorável, não acarretando uma sanção, mas uma consequência negativa, um encargo.¹²⁶

A doutrina processual clássica desenvolveu teorização, utilizada até os dias de hoje, sobre o ônus da prova, no sentido de reconhecer-se um duplo aspecto envolvendo o instituto: de um lado tem-se o aspecto objetivo do ônus da prova, que serviria como uma regra de julgamento ao magistrado quando, ao final da instrução processual, permanecesse em estado de dúvida acerca das alegações de fato trazidas pelas partes. De outro, tem-se o dito aspecto subjetivo do ônus da prova, que serviria para deixar as partes cientes acerca de suas respectivas responsabilidades probatórias que, se ao final do processo não tiverem sido cumpridas, a chance de êxito será menor àquela parte que não se desincumbiu do seu ônus. O aspecto subjetivo também pode ser visto como uma espécie de estímulo legislativo com vistas ao enriquecimento e completude do material probatório.

Francesco Carnelutti¹²⁷, no início do século XX já trabalhava com a referida dicotomia acerca do ônus da prova. Analisando o aspecto objetivo acima referido¹²⁸, esclarece o autor que o juiz deve obedecer às regras sobre o ônus da prova somente quando, com os meios à sua disposição, não puder conhecer a realidade dos fatos acerca dos quais deve decidir; o mecanismo do ônus da prova é precisamente um expediente que lhe é oferecido para fixar, na sentença, os fatos desconhecidos, isto é, não verificáveis com os meios e fontes de prova. O outro aspecto funcional do instituto – aspecto subjetivo – é conceituado por Carnelutti como sendo um verdadeiro estímulo à ação das partes para que forneçam a prova.

¹²⁶ THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3, p. 239.

¹²⁷ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico de prova*. 2. ed. Tradução Amilcare Carletti. São Paulo: Pillares, 2016. p. 266-267.

¹²⁸ Sobre o dito ônus da prova objetivo nas lições da doutrina portuguesa: “*Encontra-se subjacente a esta modalidade de ônus da prova, um princípio de direito público que se liga à actividade jurisdicional, por força de um imperativo de ordem jurídica que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de os factos serem duvidosos ou incertos*”. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 132.

No mesmo sentido, Daniel Mitidero¹²⁹ também ressalta o caráter subjetivo do ônus da prova, quando afirma que ele estimula as partes no seu encargo de produzir a prova de suas alegações e, por essa via, bem instruir o processo a fim de que se alcance uma solução justa. Assim, têm as partes de se encontrar avisadas de seus encargos no processo, para que não sejam surpreendidas quando da prolação da decisão. Essa regra de instrução busca uma maior completude do processo com os elementos necessários à formação da convicção judicial.

Não obstante o tratamento dispensado ao ônus da prova pela doutrina, conceituando o seu duplo aspecto, ideia diversa ascende quando se pensa no efeito prático consistente em se trabalhar o aspecto subjetivo do ônus da prova. Para Barbosa Moreira, o aspecto subjetivo do ônus da prova tem mais relevância psicológica do que jurídica. Leciona o autor que, para efeitos práticos, não importa saber se a parte onerada conseguiu ou não carrear aos autos os elementos necessários à demonstração dos fatos a ela favorável. O que importa saber é se tais elementos foram ou não coligidos ao processo. Por obra da parte onerada ou de outrem, pouco importa.¹³⁰

Portanto, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. O que é efetivamente apreciado é o resultado da atividade instrutória, sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento. Se persistir a dúvida ao juiz, no momento do julgamento, nenhuma vantagem terá a parte onerada em demonstrar que fez tudo que estava ao seu alcance para dissipar a obscuridade dos fatos que tinha o ônus de provar. Através de raciocínio inverso chega-se ao mesmo resultado: se a dúvida do juiz cessou ao final da instrução, dando lugar à certeza da ocorrência do fato, em nada prejudica à parte onerada se ficar constatado que ela não contribuiu com parcela mínima para que se chegasse àquela conclusão. Ao juiz somente importa saber a quem devem ser atribuídas as consequências da remanescente incerteza, sendo irrelevante quem colaborou mais para a completude do material probatório.¹³¹

Portanto, deixar as partes cientes acerca de qual é a responsabilidade probatória de cada uma, ao fim e ao cabo, não revela qualquer tipo de resultado prático para o julgamento da lide. As regras concernentes ao ônus da prova somente entrarão em cena se, ao final da instrução processual, o juiz tiver de decidir sobre determinada alegação de fato e não esteja suficientemente convencido com base nas provas até então aportadas aos autos. O que se percebe, portanto, é que a proveniência da prova em nada irá influir no resultado da demanda,

¹²⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 140.

¹³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*. [S.l.]. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/barbosa-moreira-jose-carlos-julgamento-e-onus-da-prova.html>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

¹³¹ Ibid.

pois o que realmente importará na tomada da decisão é a totalidade das provas que tiverem sido produzidas, sendo irrelevante saber de quem tenha partido a iniciativa.

Nessa quadra, pensar num aspecto subjetivo do ônus da prova é um equívoco, pois ainda que determinada prova tenha sido produzida pela parte autora, por exemplo, ela poderá servir para a corroboração das hipóteses fáticas que venham a favorecer o réu, e vice-versa. De igual forma, no sistema brasileiro o próprio juiz é dotado de poderes instrutórios (conforme preceitua o artigo 370, do CPC), de modo que a corroboração das hipóteses fáticas pode provir de uma ordem do magistrado. O que determina o resultado de uma demanda, portanto, é a suficiência de elementos de corroboração a favor de determinada hipótese fática, não havendo qualquer relação direta e automática com a atividade das partes, porquanto a prova não é medida em termos quantitativos.¹³²

Exemplificando a questão, Vitor de Paula Ramos¹³³ afirma que, se o autor levar dez documentos aos autos e o réu levar apenas cinco, o autor não será necessariamente beneficiado por isso. Afinal, os dez documentos levados por ele podem demonstrar de forma insofismável a ausência de fundamento de sua demanda, sendo necessário que ascenda, portanto, o julgamento de improcedência, independentemente de sua diligência e boa vontade. Afinal, “o Processo Civil não é uma “competição de boas intenções”, mas sim um procedimento que tem como um de seus fins principais a apuração da verdade, feita de maneira objetiva”.

Adotando essa concepção a respeito do tema, as regras de repartição de ônus da prova não são regras que se prestam a determinar a conduta das partes, mas a influir na forma de julgamento do juiz, se traduzindo em verdadeiras regras de julgamento. Em outras palavras, a função de tais regras é informar ao magistrado como ele deve julgar quando verificar no processo a ausência de prova sobre certa alegação de fato. Portanto, se o magistrado não se sentir seguro em relação aos fatos que deve decidir e, concomitantemente, não verificar possibilidade de buscar provas a seu respeito, deve decidir segundo os critérios atribuídos pela regra de ônus da prova.¹³⁴ Portanto, “o que determina a vitória ou a derrota em juízo é a suficiência de elementos de corroboração em favor das hipóteses fáticas do autor ou do réu, e não a (in)atividade das partes”.¹³⁵

¹³² RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 82.

¹³³ *Ibid.*, p. 82.

¹³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. [S.l.], 2005. Disponível em: <https://www.academia.edu/305683/%C3%94nus_Da_Prova_E_Sua_Modifica%C3%A7%C3%A3o_No_Processo_Civil_Brasileiro>. Acesso em: 08 abr. 2017.

¹³⁵ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 89.

Dentro das circunstâncias normais de desenvolvimento da lide e dentro de uma lógica de que a verdade é o valor sempre procurado, nada impedirá que a prova de um fato se faça com base em elementos que foram carreados para o processo não pela parte a quem o fato aproveita, mas pela parte contrária a quem o fato poderá, inclusive, ser prejudicial. Vale dizer: é indiferente que a prova acerca de uma alegação de fato tenha sido fornecida pela parte onerada com o encargo de demonstrar a sua existência, ou por qualquer outra pessoa que de alguma forma participe do processo, pois ela não será valorada de forma diversa dependendo de quem a tiver produzido. O juiz tem o dever, por imposição legal, de tomar em consideração todas as provas dos autos, venham de onde vierem, “*o que pode significar que a parte a quem incumbe o ônus da prova, nesta apreciação global da prova, nem sequer tenha feito prova dos seus factos e aproveita-se desse sistema, para levar de vencimento a causa*”.¹³⁶

Conforme mencionado alhures, o juiz hodierno é reconhecido por excelência como um sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental, ou seja, a apuração da verdade dos fatos. Isso não significa ligar o “estar provado” ao convencimento subjetivo do juiz, mas sim que o juiz deve promover a busca da verdade tanto de maneira imediata, tendo poderes instrutórios para determinar de ofício a produção de provas, como mediando a atividade das partes, tendo ferramentas para determinar o aporte de provas ao processo.¹³⁷ Vale repisar: as regras do ônus da prova operam no momento da prolação da sentença, pois o ordenamento jurídico não permite o *non liquet*, ou seja, há um dever subjacente de que os juízes e tribunais resolvam as questões discutidas no processo, ainda que insuficientemente provadas.¹³⁸

Não obstante, o fato de as regras do ônus da prova se operarem na sentença, não significa que o juiz possa simplesmente alterar a regra tradicional ao seu bel-prazer. É preciso muito cuidado para que eventuais modificações concernentes ao ônus da prova não sejam realizadas ao arrepio da legislação democrática e da própria Constituição Federal.

Sérgio Cruz Arenhart¹³⁹ defende que é conveniente – ainda que não seja obrigatório – que o juízo da causa assinale às partes, com antecedência, qualquer decisão sua a respeito de eventual modificação dos critérios relacionados ao ônus da prova. Fala-se em conveniente, pois

¹³⁶ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 134-140.

¹³⁷ RAMOS, Vítor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 94.

¹³⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 101.

¹³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. [S.l.], 2005. Disponível em: <https://www.academia.edu/305683/%C3%94nus_Da_Prova_E_Sua_Modifica%C3%A7%C3%A3o_No_Processo_Civil_Brasileiro>. Acesso em: 08 abr. 2017.

ainda que a inversão do ônus da prova se opere na sentença, não haveria nenhuma lesão à ampla defesa e ao contraditório, porquanto as partes não têm disponibilidade sobre as provas que detêm e que são do interesse do processo. Portanto, têm as partes o dever de apresentar toda e qualquer prova que possa ter alguma relevância para o processo. Neste sentido, não haveria que se falar em surpresa da parte diante da inversão do ônus da prova em seu prejuízo, pois “se ela não produziu a prova que poderia fazer, faltou ela com dever processual, não podendo esta omissão ser invocada em seu benefício”.

No entanto, o posicionamento defendido acima não parece ser o mais adequado, tanto do ponto de vista da legislação processual vigente, como do ponto de vista da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque, independentemente de a prova ser pensada como um ônus ou como um dever a ser atribuído à parte que a detém, uma decisão que inverte em sentença o critério previamente estabelecido pelo legislador, estará a surpreendendo de forma ilegítima e antidemocrática, haja vista que a ela não será mais possível se desincumbir de tal ônus, pois encerrada a instrução. Ao que parece, inverter o ônus da prova em sentença é, ao fim e ao cabo, transferir para a parte ‘A’ um prejuízo, que desde o início do processo se acreditava que iria ser suportado pela parte ‘B’.

Nessa quadra, eventual inversão do ônus da prova deve obrigatoriamente ser realizada antes da sentença e, preferencialmente, antes do início da fase instrutória do processo de conhecimento, quando da realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no artigo 334, ou da decisão saneadora prevista no artigo 357, ambos do CPC. Deve ficar claro que o mecanismo de inversão do ônus da prova não deve servir para o prejulgamento da causa, ou em outras palavras, “a garantia constitucional do contraditório deve ser, plenamente, observada, evitando decisões surpresa”.¹⁴⁰

Embora seja evidente que inversão do ônus da prova e dinamização do ônus da prova sejam institutos diversos, o dispositivo processual que trata da dinamização (art. 373, § 01º, CPC) possui em seu alicerce substrato que deve se aplicar para ambas as situações, quando afirma que a decisão, além de ser fundamentada, deve “dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. Portanto, eventual inversão do ônus da prova em sentença, além de não possibilitar à parte que se desvencilhe da nova atribuição, estará ferindo frontalmente uma das normas fundamentais do CPC, que é a vedação da decisão surpresa,

¹⁴⁰ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, § 01º e 02º do NCPC. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5, p. 198.

especificada no artigo 9º que preceitua que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

Se o legislador estabelece abstrata e previamente a quem caberá o ônus da prova, qualquer decisão judicial no sentido de alteração da regra deve possibilitar à parte a chance de se desincumbir do respectivo encargo. Essa definição prévia da distribuição do ônus da prova decorre da própria segurança jurídica, que inegavelmente se traduz em um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que impõe seja aplicada uma dose razoável de previsibilidade na aplicação das regras jurídicas, mormente por agentes estatais, como é o caso do juiz, cuja função primordial no processo é a de produzir uma norma individual e concreta que passará a disciplinar a relação jurídica existente entre as partes.¹⁴¹

Nesse sentido, é preciso reconhecer a segurança jurídica como um problema argumentativo, ligado à cognoscibilidade dos sentidos que os enunciados jurídicos podem apresentar. A segurança jurídica não é, portanto, um problema ligado à prévia e absoluta determinação de sentido do texto, embora tenha na sua raiz inequivocamente um problema semântico, ou seja, não se trata de um problema estático, mas sim de um problema dinâmico, ligado à adequada estruturação da atividade interpretativa, valoração e escolha de sentido. Proteger a segurança jurídica nessa dimensão, portanto, significa, antes de tudo, viabilizar a cognoscibilidade do Direito.¹⁴²

Ingo Sarlet¹⁴³ relaciona segurança jurídica à noção de dignidade da pessoa humana. Para o autor, a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, através da garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, como a sua realização. Nesse sentido, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida, enquanto houver lugares em que as pessoas estiverem sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

¹⁴¹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3, p. 566.

¹⁴² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 75.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*, [S.l.], v. 57, p. 11, 2006.

Conforme leciona J. J. Gomes Canotilho¹⁴⁴, um Estado Constitucional não pode deixar de promover a segurança jurídica e a proteção da confiança dos cidadãos em qualquer que seja a esfera de poder. Hodiernamente, no sistema brasileiro, os cidadãos não possuem a efetiva possibilidade de pautar suas condutas alicerçados em legítimas expectativas, pois comumente as coisas passam a ocorrer como se houvesse uma pluralidade de leis regendo a mesma conduta, emergindo um clima de absoluta instabilidade e ausência de previsibilidade.¹⁴⁵

Não é plausível, portanto, que as regras concernentes ao ônus da prova não sejam norteadas pela segurança jurídica, previsibilidade e determinabilidade. Em outras palavras, os cidadãos devem poder determinar seus atos e calcular as consequências deles advindas, tendo disponível um ambiente social seguro, sabendo que se tiverem de recorrer ao judiciário, não terão de torcer para que o juízo não utilize as regras ao seu bel-prazer, prestigiando o ativismo judicial em detrimento do sistema enquanto unidade. O legislador efetivamente prevê as hipóteses legais de aplicação das regras de ônus da prova de maneira diversa à fórmula tradicional, insculpida no artigo 373 do CPC, no entanto, trata-se de uma excepcionalidade que, se aplicada, deve oportunizar à parte onerada a possibilidade de se desincumbir do novo ônus, situação que se revela impossível se o juiz proceder na inversão quando da prolação da sentença.

3.2 A Cooperação Processual como um Incremento ao Ativismo Judicial?

A cooperação processual - ou princípio da colaboração, como comumente se refere a doutrina – é, sem dúvida, um dos temas mais trabalhados atualmente pelos processualistas brasileiros. A temática ganhou muita força com o advento do Código de Processo Civil de

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

¹⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 144, jun. 2009. No mesmo sentido argumenta Marinoni: “O cidadão precisa ter a segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser de suas atividades. [...] Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 120-121.

2015, que estabeleceu em seu artigo 06º que “todos os sujeitos do processo *deven cooperar entre si* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A base da cooperação processual estaria alicerçada, sobretudo, no direito fundamental ao contraditório, que teria sido reestruturado para que nele pudesse se inserir o próprio juiz como um dos sujeitos do diálogo, deixando-se de lado a figura clássica do juiz-espectador e dando-se lugar à figura de um novo juiz, que conduz o processo de forma cooperativa e preocupa-se com a tutela efetiva dos direitos.

Como se sabe, o Estado Liberal foi o apogeu da liberdade individual em detrimento de uma redução praticamente absoluta dos poderes do juiz. Conforme analisa Couture¹⁴⁶, o processo era pensado a partir de um modelo inteiramente privado, em que as partes utilizavam o Estado como mero instrumento de declaração do direito e, quando necessário, como fonte coatora para se fazer cumprir o direito já declarado. Essa posição passiva do judiciário, corroborada com o completo domínio das partes e seus defensores em relação aos atos processuais, tornava o “poder de julgar” um fenômeno totalmente declaratório, que na visão de Montesquieu¹⁴⁷ traduzia-se em um “poder nulo”.

Na ausência de uma intervenção direta e de controle do juiz sobre o desenvolvimento do processo, as partes eram legítimos árbitros absolutos do processo. Os prazos de preclusão eram criados de forma totalmente genérica e abstrata, de modo que, se o poder judicial não era totalmente ignorado pelas partes, era, sem sombra de dúvidas, muito atenuado. O Processo Liberal revestia-se de duas faces contrapostas, em que de um lado os valores burgueses eram efetivamente protegidos, e de outro, a figura passiva do juiz era fator determinante para um processo extremamente lento, cujo ritmo era ditado pelos litigantes.¹⁴⁸

Essa redução dos poderes do juiz tornava-o mero instrumento de declaração da lei (*la bouche de la loi*), suprimindo do mundo do direito uma atividade valorativa e transformando bibliotecas inteiras em depósitos de papel¹⁴⁹. Juan Monroy Palacios¹⁵⁰, ao referir-se à figura do juiz liberal, esclarece que “*como se advierte, estamos ante un juez liberal que padece del mal de Pilatos, no asume ninguna responsabilidad por los efectos que puede producir su decisión, considerando que su deber sólo alcanza a tornar eficaz el derecho positivo.*”

¹⁴⁶ COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar, 1951. t. 1, p. 309.

¹⁴⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 158.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46.

¹⁴⁹ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2011. p. 33.

¹⁵⁰ PALACIOS, Juan José Monroy. *La tutela procesal de los derechos*. 2. ed. Lima: Palestra, 2004. p. 33.

Como intuitivo, essa estruturação processual da época não prestava a adequada tutela dos direitos, porquanto um juiz descompromissado com a busca da verdade é, igualmente, um juiz descompromissado com a justiça da decisão. Essa moldura clássica em que se enquadrava o juiz liberal dá lugar, com a emergência do Estado Constitucional, à um redimensionamento qualitativo em relação ao papel desempenhado tanto pelo juiz, como pelas partes. A partir de tal marco, passa-se a explorar a tão falada cooperação processual que, não obstante seja um tema de grande importância, ao mesmo tempo ele se revela extremamente delicado do ponto de vista da Teoria do Direito e da própria Teoria da Decisão, porquanto se essa cooperação não for utilizada de forma racional, há sérios riscos de que seus efeitos acabem descambando para o arenoso terreno do ativismo judicial.

Embora a cooperação processual seja um tema novo no Brasil, de há muito se percebe a sua existência no direito comparado. A exemplo disso, pode-se extrair diversas lições importantes dos ensinamentos de Miguel Teixeira de Sousa¹⁵¹, que aborda o assunto no direito português. Segundo o autor, o dever de cooperação assenta, quanto às partes, no dever de litigância de boa-fé, ou seja, viola o dever de cooperação a parte que deduza pretensão ou oposição sem qualquer fundamento, que não respeite o dever de veracidade, ou que faça do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável.

Para a temática das provas, igualmente o dever de cooperação exerce importante papel no ordenamento jurídico de Portugal – tal como ocorre no Brasil –, porquanto todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for questionado e cooperando amplamente com as inspeções necessárias e atos que forem determinados pelo órgão jurisdicional. Igualmente ao fato de que existe um dever das partes com o juízo, existe também um dever do juízo com as partes (poder-dever). Nesse sentido, verifica-se alguns deveres subjacentes à cooperação que o órgão jurisdicional deve ter com as partes, como é o caso dos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio.¹⁵²

Exemplificando a questão, o órgão jurisdicional possui o dever de prevenir/corrigir (em consonância com os artigos 317 e 1.020 do novo CPC¹⁵³) as partes sobre eventuais

¹⁵¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 57.

¹⁵² *Ibid.*, 57-58.

¹⁵³ A exemplo da prevenção: Art. 317, CPC: “Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.” No mesmo sentido, o artigo 1.020 do CPC se coaduna: “No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. [...] § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias. [...] § 7º O equívoco no

deficiências/insuficiências formais das suas postulações. Quando há iminência de que o êxito de um dos litigantes possa ser obstado pelo uso inadequado do processo, o juiz deverá intimar as partes para que aperfeiçoem seus atos e explicitem seus pedidos da forma mais clara e coesa possível, sempre com a devida promoção ao contraditório. Nada obstante, essa correção de atos falhos por partes do juiz, não pode, sob nenhuma hipótese, atingir a esfera da parcialidade.¹⁵⁴

De igual forma, o dever de diálogo, inerente ao modelo cooperativo de processo, se consubstancia com um contraditório forte. Essa nova perspectiva de se encarar o contraditório “*como dever de influência e dever colaborativo*”, é muito bem explorada por Antonio do Passo Cabral, quando afirma que as decisões judiciais somente devem ser proferidas após um amplo diálogo entre as partes sobre as questões controvertidas, impedindo-se assim, a prolação das chamadas “*decisões surpresa*”.¹⁵⁵

De curial destacar, nessa quadra de direito comparado, que no Brasil o tema da colaboração foi inicialmente introduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹⁵⁶, que ao pensar em um processo a partir da distribuição coerente dos trabalhos, deixou claro que o formalismo, que dá nome à sua obra, não se traduzia em uma valorização da forma em sentido estrito, mas sim, em um conceito que abarcaria a totalidade das posições jurídicas processuais e uma consequente ordenação de tarefas.

No Estado Constitucional a vontade do juiz não se mostra soberana, na medida em que está adstrita à atividade das partes no processo, que mediante seus atos de estímulo, resistência ou concordância condicionam o trabalho a ser exercido pelo magistrado. Por tais razões que o juiz e as partes nunca estão a sós no processo, principalmente considerando-se que o processo cooperativo se reveste de caráter dialético, em que a conversação e o intercâmbio de ações implicam diretamente nas funções que cada ponta da tríade irá exercer.¹⁵⁷

Diante desse panorama, evidentemente que o atual Código de Processo Civil brasileiro possui marcantes contornos cooperativos, na medida em que, sistematicamente, todas as pessoas envolvidas em juízo oferecerão sua devida contribuição, formando um verdadeiro *actum trium personarum*.¹⁵⁸ Ademais, com as devidas contribuições das partes, o juiz proferirá

preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias.”

¹⁵⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 64-65.

¹⁵⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo civil moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 112-118.

¹⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 52.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132.

¹⁵⁸ MITIDIERO, op. cit., p. 122-123.

um discurso dicotômico, sempre norteado pelo contraditório, que atingirá de um lado as partes e suas particularidades e de outro a sociedade civil.

Essa nova concepção de contraditório, conduz à ideia de que “o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo; é um diálogo, uma conversação; uma troca de propostas e de respostas”¹⁵⁹. Os artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil resguardam o direito ao contraditório e determinam de forma expressa que o material recolhido ao longo do processo deve, obrigatoriamente, ser fruto de debate entre o juiz e as partes.¹⁶⁰

É remansoso o fato de que o contraditório é um dos pilares do Estado Constitucional, e, de certo modo, transcende o próprio processo, constituindo-se em regra de pensamento e de conduta.¹⁶¹ Na mesma vereda, não se pode perder de vista que a nova concepção acerca do contraditório afastou a ideia reducionista de mero direito de defesa, no sentido negativo de oposição e resistência, dando lugar a uma ideia de influência, no sentido positivo de atuação direta das partes no desenvolvimento do processo.¹⁶²

Não obstante a evidente importância da observância do contraditório no processo, não se pode menosprezar o fato de que uma maior participação das partes no desenvolvimento do processo consome maior tempo na resolução das questões processuais ou materiais. Por esse motivo é que o juiz deve estar sempre atento para eventuais abusos cometidos com a má utilização da cooperação e do contraditório enquanto influência, fazendo valer as devidas medidas coercitivas e sancionatórias previstas no Código de Processo Civil.¹⁶³

Desta forma, no modelo atual de processo, a regulação do procedimento não pode deixar de considerar, com a devida cautela, o contraditório como espinha dorsal do fenômeno processual. A participação dos interessados no processo deverá ocorrer da forma mais paritária possível, possibilitando a equitativa distribuição dos poderes, ônus e faculdades, retirando do juiz uma vontade totalmente soberana, na medida em que sua decisão estará umbilicalmente condicionada ao comportamento e manifestação das partes.¹⁶⁴

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132. Nesse sentido, vide MITIDIERO, Daniel. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 76-78, 2005.

¹⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 150.

¹⁶¹ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 45.

¹⁶² FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p.108-109.

¹⁶³ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45-46.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 131-132.

A conceituação da cooperação processual, até o momento trabalhada, não apresenta maiores complexidades ou divergências doutrinárias, no entanto, quando se pensa na cooperação e contraditório por outro ângulo, alguns problemas passam a emergir, quando se busca responder alguns questionamentos: “quem, afinal, redimensionou o contraditório para nele inserir o juiz como sujeito do diálogo processual juntamente com as partes?”. Ou então “como justificar que a cooperação processual, que é um instituto infraconstitucional, tenha força suficiente para redimensionar o contraditório, um direito fundamental? Não deveria ser o contrário: a cooperação sendo redimensionada pelo contraditório?”¹⁶⁵

Embora possa parecer um assunto tranquilo de se abordar, a verdade é que a temática da cooperação processual pode ser muito espinhosa. A exemplo disso, conforme se falou no início do tópico, a própria caracterização da cooperação como um princípio já apresenta grandes divergências.¹⁶⁶ Nesta quadra, deve-se enaltecer a riqueza subjacente ao debate travado entre Daniel Mitidiero – um dos principais defensores da cooperação no Brasil - e Lenio Streck – um dos principais críticos do tema.

Lenio Streck¹⁶⁷ refuta de forma veemente a forma com que parte da doutrina utiliza os princípios em seus escritos. A par disso, afirma a existência de uma proliferação de princípios,

¹⁶⁵ DELFINO, Lúcio. Cooperação processual no novo CPC pode incrementar o ativismo judicial. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 2 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-02/cooperacao-processual-cpc-incrementar-ativismo-judicial>>. Acesso em: 06 maio 2017.

¹⁶⁶ “Insistimos, de pronto: cooperação não é princípio. Posto no novo CPC, o art. 6º diz que “todos os sujeitos do processo *devem cooperar entre si* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Sugere o dispositivo, numa primeira leitura, que a obtenção de decisões justas, efetivas e em tempo razoável – diretrizes relacionadas umbilicalmente com o que está previsto nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição — não seria propriamente *direito* dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país, mas também *deveres* a eles impostos. É o legislador, de modo sutil, depositando sobre as costas do jurisdicionado parcela imprevisível do peso da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional. Uma “katchanga processual”. Você quer uma decisão justa, efetiva e tempestiva? Então, caro utente, para o fim de consegui-la *deverá* cooperar com o juiz e sobretudo com a contraparte, e esperar igual cooperação de ambos. Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... [...] Não se nega utilidade social à cooperação nem se instiga aqui a litigiosidade. Mas, até onde pode avançar o juiz, em seu diálogo com as partes, alicerçado em seu dever de cooperar? Qual o limite a ser respeitado por ele a fim de que não se torne também um contraditor? Acredita-se que as intervenções do juiz, até para que o devido processo legal permaneça incólume, devem se pautar pela discricionariedade, pois: i) cumpre-lhe o dever de esclarecimento; ii) compete-lhe prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo (dever de prevenção); iii) é dever do órgão jurisdicional consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, ainda que de ordem pública, assegurando a influência de suas manifestações na formação dos provimentos (dever de consulta); e iv) por fim, é seu papel auxiliar as partes na superação de dificuldades que as impeçam de exercer direitos e faculdades ou de cumprir ônus ou deveres processuais (dever de auxílio). Afora isso, é enorme o risco que se corre de transmutar o juiz em um contraditor, com prejuízo às próprias bases fundadoras do Estado Democrático de Direito.” STRECK, Lenio Luiz et al. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 23 dez. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 06 maio 2017.

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 538-539. No mesmo sentido, esclarece o autor: “Uma comunidade de trabalho com a finalidade de regulamentar o diálogo entre juiz e partes é algo bem diferente de inserir a todos num mesmo

algo que pode acarretar no enfraquecimento do próprio Direito, na medida em que parcela desses princípios se transforma em discursos com pretensões de correção. Esse fenômeno é o que o autor chama de “panprincipiologismo”, que seria um caminho com sérios riscos de desaguar no protagonismo judicial. Isso porque, na falta de um princípio aplicável ao caso concreto, o próprio intérprete pode lançar mão de novos princípios ao seu bel-prazer, situação que, ao fim e ao cabo, seria uma criação de enunciados *ad hoc* travestidos de princípios e com natureza supraconstitucional – ainda que incompatíveis com a Constituição.

Crítica muito pontual sobre a cooperação processual, é feita no sentido de que é muito difícil conceder concretude e efetividade à ideia de que juízes e mandatários devem cooperar entre si. “E se as partes não cooperarem? Em que condições um standard desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções no caso de “não cooperação”? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?”¹⁶⁸

Por seu turno, Daniel Mitidiero¹⁶⁹ defende que, para além de um modelo, a colaboração é também um princípio jurídico, pois impõe um estado de coisas que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em servir de elemento para um processo justo e conseqüente decisão justa. “Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento”. Tal definição, segundo o autor, finca raízes na concepção de princípio adotada por Humberto Ávila.¹⁷⁰

patamar, como se o primeiro exercesse juntamente com as últimas o contraditório, debatendo teses, argumentando e rebatendo argumentos, levando fatos (ou obrigando as partes a levá-los) para o processo, produzindo provas e contraprovas. Algo também bem diferente que confiar às partes deveres de cooperar entre si (sic) e de instituir em favor do juiz poderes para obrigá-las, contra vontade delas, a atuar cooperativamente. Sim, corremos esse risco. Este é o busfils da questão.” STRECK, Lenio Luiz, et al. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 23 dez. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 06 maio 2017.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 528.

¹⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 194, p. 57, 2011.

¹⁷⁰ “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (richtungsgebende Funktion) para a determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (Endzustand), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições

E ainda que a concepção de Lenio Streck acerca de princípios fosse a adotada – no sentido de que o princípio só existe a partir de uma regra e que não existem regras sem princípios –, prossegue Daniel Mitidiero¹⁷¹, seria perfeitamente possível ver na colaboração um princípio jurídico, já que ela determina a conformação e a compreensão das regras inerentes à estrutura mínima do direito ao processo justo. “A colaboração determina a conformação do direito ao processo justo e, portanto, de suas regras.”

Não obstante os pontos antagônicos existentes entre os pensamentos dos autores, é possível extrair-se uma lição final do grande debate travado, que surge como um importante ponto de convergência, qual seja o fato de que não há – e nem deve haver – uma colaboração entre as partes do processo. As partes não querem colaborar. Como intuitivo, não há esse dever de colaboração entre si pelo simples fato de que os interesses defendidos em juízo são diversos, situação que, por si só, não permite que haja, entre eles, uma colaboração, mas isso não significa que não deva haver boa-fé e lealdade processual, assuntos que andam juntos mas são nitidamente diversos.

3.2.1 Boa-Fé, Vedação de Conduta Contraditória e Lealdade Processual: o Comportamento da Parte como Meio de Prova

Durante o liberalismo que vigorou por todo o século XIX, o culto à igualdade e à liberdade individual emergia como principal característica do Estado Liberal, situação que se mostrava absolutamente diversa dos auspícios do *ancien régime*. Embora a burguesia tenha prometido ao povo atos de governo de certa forma distorcidos, é inegável que esta proteção do Estado às liberdades individuais dos cidadãos era muito mais benéfica que os padrões de governo do regime absolutista anteriormente deposto.

Diante deste panorama, o modelo de Estado corporificado na figura dos ideais liberais abarca alguns institutos e regras do antigo direito romano e da experiência posterior, proibindo, de forma específica, alguns poucos comportamentos contraditórios. Não obstante, a consagração da liberdade individual como valor fundante do sistema jurídico permitia, a

(objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 79.

¹⁷¹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 194, p. 62, 2011.

princípio, a prática de comportamentos contraditórios, inclusive o *venire contra factum proprium* – o ir contra os próprios atos.¹⁷²

Conforme leciona Judith Martins Costa¹⁷³, somente no final do século XX o tema da boa-fé passa a ser retomado na doutrina francesa, como princípio apto a balizar o exercício da autonomia da vontade, determinando deveres de comportamento e de informação, impedindo comportamentos contraditórios, numa aplicação do brocardo *venire contra factum proprium*, que começa a ser trabalhado e refinado teoricamente a partir da coerência contratual, impedindo aproveitamento de vantagens desleais em decorrência de eventuais fraquezas apresentadas pela outra parte.

Com a evolução para o Estado Constitucional, surge uma nova concepção de Processo Civil, muito distanciada da velha ideia liberal em que o processo era uma luta travada e conduzida pelas partes, em que o juiz exercia um papel de mero árbitro, tendo como função apenas a declaração de um direito previamente descrito pelo legislador.¹⁷⁴ No período do liberalismo as partes podiam, via de regra, agir sem observância ao princípio da boa-fé, adotando condutas contraditórias e desleais, pois o processo era algo privado e que deveria ser impulsionado e guiado conforme a sua própria vontade.

Não é demais salientar que, com o advento do Estado Constitucional, o Processo Civil sofre mutações conceituais, ficando evidente que, embora seja utilizado muitas vezes para a satisfação de interesses privados, os mecanismos empregados para que se possa legitimar tais direitos desempenham uma função pública, prestigiando a manutenção e a solidificação da ordem jurídica pelo Estado. Esta ótica publicista revela a função social do processo, de forma antagônica ao que previa o liberalismo processual, que lhe empregava uma função individualista e com regras de disponibilidade.¹⁷⁵

Conforme leciona Darci Ribeiro¹⁷⁶, a boa-fé representa, um conceito ético-social do homem, pois vincula-se ao seu modo de agir em sociedade e, portanto, atua igualmente fora do Direito. Nessa perspectiva, a boa-fé passa a compor os valores superiores do Estado

¹⁷² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 42.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Macial Pons, 2015. p. 109-110. Sobre a temática da coerência contratual e tutela da confiança, vide também: AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo código civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 267; ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 117-118.

¹⁷⁴ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 168.

¹⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 126, p. 68, 2005.

¹⁷⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentários aos arts. 5^a a 7^o. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil (arts. 1^o a 317)*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 100.

Democrático de Direito, sendo que o sentido de tais valores pode ser interpretado como ideais éticos com conteúdo de moralidade.

Diante desta alteração de paradigma, é necessário frisar que, embora a boa-fé objetiva esteja, *a priori*, vinculada ao direito obrigacional e contratual, sua aplicação deve ser feita em todo o campo do direito público, incluindo-se as relações jurídicas processuais (boa-fé processual). A superação da concepção subjetivista de relação processual possui como um dos fatores principais a emergência da boa-fé objetiva, situação que, indiscutivelmente, proíbe a prática de condutas desleais e prestigia a boa-fé processual¹⁷⁷ voltada para a proteção objetiva da confiança.¹⁷⁸ É possível afirmar ainda, ser a boa-fé “um standard jurídico que permite auferir um parâmetro de comportamento pautado nos padrões de lealdade, honestidade e probidade, porquanto este comportamento protege a confiança entre os diversos sujeitos processuais.”¹⁷⁹

A boa-fé processual, portanto, vista como obrigação, dever ou ônus, é indiscutivelmente um valor que paira acima de qualquer instituição jurídica, pois o dever de dizer a verdade existe por ser um dever de conduta humana. Na mesma linha de pensar, é possível dizer que o processo tem em si uma boa dose de verdade por ser um instrumento de realização da justiça, que está colocado à disposição das partes para que elas possam buscar a tutela jurisdicional adequada e efetiva, e nenhum instrumento de justiça pode ser alicerçado em mentiras.¹⁸⁰ Desta forma, considerando-se que os destinatários da norma são todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé não é algo que diz respeito apenas às partes.¹⁸¹

¹⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 126, p. 68, 2005. Indo ao encontro de tais afirmações, leciona Taruffo: “De outro lado, um ato ou conduta que não implica mau emprego da regra processual (porque está “dentro” da faixa de discricionariedade atribuída pelo direito àquele sujeito) pode ser abusivo, por exemplo, quando é feito com o escopo de alcançar propósitos ilegais ou impróprios. Nessas situações, as cláusulas gerais de lealdade, devido processo, boa-fé ou parecidas devem ser utilizadas como cânones interpretativos a fim de detectar e avaliar práticas abusivas mesmo quando elas estão “escondidas” atrás da transgressão de regras processuais que não se referem explicitamente ao ADP, ou mesmo sob o véu de atos processuais formalmente legítimos.” TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual. *Revista dos Tribunais. RePro*, São Paulo, ano 34, n. 177, p. 160, nov. 2009.

¹⁷⁸ “A boa-fé vem geralmente definida como dever geral de lealdade e confiança recíprocas entre as partes. E de fato a confiança tem desempenhado um papel fundamental na compreensão da boa-fé objetiva. A ponto de já ser a boa-fé definida como uma confiança adjetivada ou qualificada como boa, isto é, como justa, correta ou virtuosa. Além disto, não são poucos os autores a reconhecer que a noção de confiança transcende o próprio âmbito da boa-fé, refletindo-se sobre todo o direito civil, e sobre o direito de uma forma geral.” SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 91-92.

¹⁷⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentários aos arts. 5º a 7º. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil (arts. 1º a 317)*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 102.

¹⁸⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 126.

¹⁸¹ Trata-se de uma *cláusula geral processual*. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal

Neste sentido, considerando-se inclusive os valores que alicerçam o código de Processo Civil, é dever das partes a exposição dos fatos em juízo conforme a verdade, agir sempre com lealdade e boa-fé, não formular pretensões destituídas de fundamento e nem praticar atos desnecessários à declaração/defesa de determinado direito. Estas são as razões pelas quais a boa-fé processual é erigida à categoria de sobreprincípio processual, que se sobrepõe aos demais por possuir um interesse público notório, além de condicionar, sempre que possível, os demais princípios, colocando a verdade como o alicerce da justiça, e esta, por seu turno, como alicerce do Direito.¹⁸²

Vinculando-se expressamente ao princípio da boa-fé processual, a vedação de conduta contraditória emerge com um verdadeiro mecanismo de controle aos atos contrários aos valores do processo cooperativo.

Embora a análise histórica demonstre que ao longo dos tempos os juristas sempre tentaram colocar a proibição de comportamento contraditório como um princípio nos diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, verifica-se que, embora existam alusões a um “princípio implícito”, a uma “teoria geral” ou a uma “doutrina de repressão” à incoerência, a verdade é que este princípio nunca chegou a ser enunciado expressamente em formato de lei, sem que outras leis de igual hierarquia desconstruíssem a ideia. Não obstante, esta ausência de positivação plena não é razão para se abandonar em absoluto o *nemo potest venire contra factum proprium*.¹⁸³

E a questão da proibição de conduta contraditória no Direito e também no processo, está umbilicalmente atrelada à tutela da confiança e às expectativas despertadas em decorrência das condutas coerentes. Ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança emerge,

exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o inciso II do art. 14 do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral. Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o *manifesto propósito protelatório*, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela prevista no inciso II do art. 273 do CPC. DIDIER JR., Fredie. *Editorial 45*. Amaralina, 12 ago. 2008. Disponibilizado em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

¹⁸² RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 126. Nesse sentido foram as lições de Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do Projeto de Lei que se transformou no Código de Processo Civil de 1973: “Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça.”

¹⁸³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 66-67.

diante de uma perspectiva axiológico-normativa, não apenas como parte integrante do princípio da boa-fé objetiva/processual, mas também como instrumento de comunicação da solidariedade social e de reação ao liberalismo que até hoje traz à tona suas heranças adstritas ao direito privado como um todo.¹⁸⁴

Com efeito, a legitimação teórica e jurídica do *venire contra factum proprium* dá-se através da proteção da confiança, que transita em torno da boa-fé ou do abuso do direito¹⁸⁵. No entanto, isso não significa que os cidadãos deverão observar *ad eternum* os seus próprios precedentes comportamentais sob pena de incorrerem nas sanções – ainda que morais – advindas da vedação da conduta contraditória. O que se quer dizer é que, “se aquele que se comportou de forma contraditória não gerou uma confiança legítima, a contradição permanece, portanto, sem sanção”.¹⁸⁶

Os efeitos da vedação ao *venire contra factum proprium* podem ser observados, por exemplo, à luz dos artigos 250 e 251 do Código Civil¹⁸⁷, haja vista que a proibição de comportamento contraditório impõe uma obrigação de não fazer, específica, que veda a prática de condutas incoerentes em relação à atuação anterior do sujeito, que tenham por resultado a frustração das expectativas legitimamente criadas por ele no âmbito das relações entre as partes do processo.¹⁸⁸

O princípio da solidariedade social, insculpido no artigo 3º da Constituição Federal¹⁸⁹ demonstra que o *nemo potest venire contra factum proprium*, concebido como uma vedação ao comportamento contraditório dirigido à tutela da confiança nada mais é do que um instrumento de realização deste valor constitucional, havendo, portanto, direta vinculação entre o princípio da solidariedade social e a proibição ao comportamento contraditório.¹⁹⁰

¹⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 95.

¹⁸⁵ O abuso do direito, que se relaciona com a vedação de conduta contraditória, pode ser definido como “aquela conduta praticada por uma pessoa em juízo que altere, voluntariamente, os fins que a lei buscou proteger, gerando, com isso, um dano subjetivo ou objetivo aos demais sujeitos processuais.” RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentários aos arts. 5º a 7º. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil (arts. 1º a 317)*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 106.

¹⁸⁶ JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 158-159.

¹⁸⁷ “Art. 250: Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.

Art. 251: Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.”

¹⁸⁸ SCHREIBER, op. cit., p. 169.

¹⁸⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹⁹⁰ SCHREIBER, op. cit., p. 108-109.

Em síntese, diante da falta de norma específica que regule o *nemo potest venire contra factum proprium*, sua inclusão como cláusula geral de boa-fé objetiva demonstrar sua perfeita aplicação às relações privadas, no entanto, considerando o seu fundamento constitucional, conforme visto anteriormente, não há motivos para limitar a utilização do instituto, sendo possível, portanto, sua transcendência para além das relações privadas. Se o direito privado exige, nas relações entre as partes fora do processo, um comportamento de boa-fé, por qual razão essa regra não seria aplicada às partes quando estão diante de um juiz?

Desta forma, ao avaliar a conduta processual das partes, é dever do juiz atribuir o devido valor à autocontradição, que finca raízes nas diferentes versões encontradas, inclusive em processos diversos, que tratem do mesmo fato e proporcionadas pela mesma parte durante o desenvolvimento processual. Nessas hipóteses, deve ter-se por certa a versão menos benéfica para o autocontraditor, valorando desfavoravelmente a conduta incoerente, mediante a elaboração de presunção judicial que lhe seja desfavorável. É a situação, por exemplo, ilustrada por Eduardo Cambi, daquele que, em ação por acidente de trânsito, confessa a sua culpa no juízo criminal, dizendo que estava dirigindo em alta velocidade para poder beneficiar-se de eventual atenuante prevista no Código Penal, ao passo que, no juízo cível, se utiliza de todos os mecanismos de defesa, inclusive a negativa de autoria dos fatos, que acaba sendo desmentida na hipótese de ser juntado ao processo cível cópias do processo criminal.¹⁹¹

Umbilicalmente ligada à boa-fé e ao *venire contra factum proprium*, a lealdade processual – pensada como obrigação, dever ou ônus – é indiscutivelmente um valor que paira sobre qualquer instituição jurídica. Nesse sentido, é possível afirmar que o processo tem, em certa medida, uma boa dose de verdade, porque no seu conceito, em sentido social, é um instrumento de realização da justiça que está colocado à disposição das partes pelo Estado, para que elas busquem a devida prestação da tutela jurisdicional, e nenhum instrumento de justiça pode existir fundado em mentiras.¹⁹²

No modelo de processo cooperativo, a força normativa da boa-fé no seu aspecto objetivo pode ser sentida a partir de quatro grupos de casos: (i) a proibição de criar dolosamente posições processuais; (ii) a proibição do *venire contra factum proprium*; (iii) a proibição de abuso dos poderes processuais e (iv) a *supressio*, que se traduziria na perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a

¹⁹¹ CAMBI, Eduardo. Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do direito. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html>. Acesso em: 16 maio 2017.

¹⁹² RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 119.

confiança legítima de que esse poder não será mais exercido. São proibições oriundas da cláusula geral de boa-fé processual.¹⁹³

Quando o legislador afirma que as partes devem expor os fatos em juízo conforme a verdade, subjetivamente a parte está obrigada a declarar aquilo que, segundo sua consciência, tem como verdadeiro. Não se trata, portanto, de a parte ter a obrigação de expor a verdade dos fatos em juízo, pois conforme já se verificou em tópico anterior, cada ser humano terá a sua percepção acerca dos acontecimentos passados, podendo somente declarar a verdade a partir do que foi apreendido pelo sujeito. Conforme também já visto, falar em verdade processual não significa que possam coexistir diversas verdades, pois naturalmente só uma existe. Verdade processual é o momento em que o dever de veracidade se exerce.¹⁹⁴

Saber se no processo deve-se provar um fato ou uma afirmação de fato pode parecer destituída de importância, no entanto, tal questão guarda íntima relação com a ideia de que o resultado do processo ou a convicção do juiz são frutos da participação das partes e da influência que estas exercem sobre o juízo mediante alegações e provas. O fato não pode ser qualificado de certo, indubitável ou verdadeiro. Ele existe ou não existe, independentemente de qualificações ou do processo, que, por seu turno, pode servir apenas para declarar a verdade acerca de uma alegação de fato. Desta forma, a sentença de cognição exauriente fundada no convencimento do juiz, declara somente a verdade ou a falsidade relacionada à alegação feita pela parte.¹⁹⁵

Não obstante o fato de que cada ordenamento jurídico irá prever de maneira diversa a forma como a lealdade processual se apresenta – obrigação, dever ou ônus – tratá-la como um sobreprincípio, que se sobrepõe aos demais, por possuir um interesse público eminente,

¹⁹³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 107.

¹⁹⁴ CRESCI SOBRINHO, Elcio de. *Dever de veracidade das partes no processo civil: aspectos do novo código de processo civil*. São Paulo: Jurid Vellenich, 1975. p. 129. Nesta quadra: “Essa responsabilidade que as partes têm, derivada da liberdade, em dizer a verdade e agir com lealdade em juízo, modifica-se de acordo com o valor que cada sistema jurídico empresta à sua conduta, podendo gerar uma obrigação, um dever ou um ônus. A necessidade de dizer a verdade e agir com lealdade será uma obrigação, segundo Couture, quando o legislador estabelecer “*una reparación al adversario por el daño que se le había hecho faltando a la verdad*” e, será um dever, conforme o autor, quando houver “*notorio carácter penal y disciplinario de las sanciones*” e, será um ônus, segundo o autor, quando as partes possuírem “*libertad para elegir entre la verdad o La mentira*”. Tudo irá depender da estrutura técnica que a lei adotar, em cada caso, para o comportamento processual da parte em juízo.” RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 31, n. 95, p. 71-87, set. 2004.

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 117-118. Sobre o tema, REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49-52; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176-185; RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 26-27.

condicionando, sempre que possível, os demais princípios, é correto quando se visualiza a verdade como um alicerce da justiça, que é a base do Direito.¹⁹⁶

A partir de tal perspectiva, e servindo como uma luva para a presente pesquisa, é possível afirmar que a conduta das partes em juízo deve ser valorada como um meio de prova (atípico) idôneo a formar a convicção do juiz, juntamente com as demais provas que tiverem sido produzidas ao longo da instrução processual. Vale dizer: em consonância com o acervo probatório constante nos autos, o comportamento das partes serve como um importante instrumento para o convencimento judicial.

Cumprido salientar também, que o comportamento passível de valoração é o das partes. O conceito de partes é processual. Sendo assim, o que deve ser valorado é tão-somente a sua conduta dentro do processo. Eventuais comportamentos extraprocessuais, como por exemplo manifestações dos litigantes na imprensa ou suposta coação de testemunhas, devem ser objeto das provas típicas, não podendo ser avaliados como provas atípicas. Importante ressaltar ainda, que a valoração do comportamento processual das partes pode ser realizada de ofício pelo magistrado, pois se trata de um fato percebido diretamente por ele, não obstante, o órgão judicial somente pode valorar as provas insertas no processo, não podendo introduzir impressões pessoais ou conhecimentos extraprocessuais que não possam ser objeto de contraditório e ampla defesa pelos litigantes, por questões inclusive já vistas anteriormente, a exemplo da vedação das decisões surpresa e da necessidade de o juiz buscar um efetivo diálogo entre as partes antes da prolação da decisão.¹⁹⁷

Nesse sentido, pode-se afirmar que, não apenas a prova produzida pela parte, como também a conduta da própria parte pode influenciar o juiz no julgamento. Sendo que, naquele caso, tem-se uma valoração objetiva da prova (o fato), e, neste caso, tem-se uma valoração subjetiva da prova (a pessoa). A doutrina majoritária sustenta que o comportamento processual da parte é um elemento de valoração da prova, um indício, pois o juiz dele deve servir-se indiretamente e não pode, apenas com tal elemento, fundamentar sua decisão.¹⁹⁸

Contudo, Darci Ribeiro tece críticas contundentes a tal concepção - no sentido de que o comportamento processual sempre terá natureza indiciária. Para o autor, é necessária uma análise acerca do tipo de estrutura técnica que a norma possui e foi prevista pelo legislador para regular as diversas espécies de comportamento processual, pois em cada caso, haverá uma

¹⁹⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 120.

¹⁹⁷ CAMBI, Eduardo. Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do Direito. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html>. Acesso em: 16 maio 2017.

¹⁹⁸ RIBEIRO, op. ci., p. 128.

qualificação jurídica diversa. Por exemplo, quando o legislador estabelece para o comportamento da parte em juízo uma reparação ao adversário pelo dano causado, ou até uma sanção por faltar com a verdade, essa “conduta da parte é fonte primordial de prova, e não mero elemento indiciário de prova, pois não há outro meio tão eficaz que seja capaz de produzir um convencimento tão forte quanto o comportamento da parte.”¹⁹⁹

3.3 Limites do Juiz na Produção de Provas de Ofício: a Problemática do Artigo 370 do CPC e (de novo) a Figura do Ativismo Judicial

Alguns dos problemas subjacentes ao dever de colaboração do juiz já foram devidamente contextualizados em momento anterior. Contudo, muitos desses problemas surgem também quando se percebe a evidente crise epistemológica envolvendo os limites (ou a falta deles) do juiz na produção de provas de ofício. Tal discussão já existia antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015 entrar em vigor, porquanto a revogada legislação processual de 1973, em seu artigo 130, já concedia poderes probatórios de ofício ao magistrado.

Embora se perceba que entre o artigo 130 do CPC/73 e o artigo 370 (caput e parágrafo único) do CPC/15 não tenha havido nenhuma alteração substancial, é importante que se faça uma releitura acerca deste dispositivo legal, pelo simples fato de que os tempos são outros, e que algumas figuras – felizmente – já não existem mais, a exemplo do livre convencimento motivado. Pois bem, o artigo 370, caput do Código de Processo Civil estabelece que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Analisando tal artigo, passa-se a demonstrar os sérios riscos que a democracia, e o próprio Direito estão correndo, caso a essa norma seja dada uma incorreta interpretação.

A primeira observação necessária, concerne ao fato de que o próprio CPC estabelece ferramentas de controle ao arbítrio judicial, a exemplo do teor do artigo 10, que estabelece que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” Veja-se que, mesmo estando o magistrado autorizado a agir de ofício, não pode se colocar de um lado do processo, olvidando a necessária imparcialidade ou tentando corrigir o Direito através de política ou circunstâncias de

¹⁹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 128-129.

moralidade. No plano do Constitucionalismo Contemporâneo, o juiz está obrigado a um jogo limpo e a uma atuação sempre norteadas por princípios constitucionais.²⁰⁰

Marinoni, Arenhart e Mitidiero²⁰¹ afirmam que um processo que pretenda estar de acordo com o princípio da isonomia não pode permitir que a verdade acerca das alegações de fato seja construída indevidamente pela parte mais astuta ou com o advogado mais capaz. A necessidade de imparcialidade do juiz não é obstáculo para que ele possa determinar provas de ofício, haja vista que imparcialidade e neutralidade não se confundem.

Sobre imparcialidade e neutralidade, encontra-se na doutrina processual penal grandes lições que demonstram que tais conceitos não podem, sob qualquer hipótese se confundir, tendo em vista que juiz neutro não existe e nem deve existir. Pelo fato de o juiz ser-no-mundo, bem como já ter sido superada a dicotomia sujeito-objeto, não se questiona mais que “o ato de julgar reflete um sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e das teses apresentadas. Basta recordar que sentenciar vem de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*”. Assim, há uma série de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar e impedem qualquer construção envolvendo a tal neutralidade.²⁰² Sustentar que a indiferença instrutória em determinados casos faz parte da disputa processual “é equiparar o processo a uma competição e subverter toda a lógica que fundamenta a efetivação dos poderes instrutórios do juiz”.²⁰³

A imparcialidade, por seu turno, é uma construção do Direito, que impõe ao juiz um afastamento estrutural (alheamento) em relação à atividade e ao interesse das partes em juízo. Como meta a ser atingida, o processo, e o próprio legislador, devem criar mecanismos capazes de garanti-la. Se a parcialidade significa um estado subjetivo e emocional do julgador, a imparcialidade corresponde exatamente a essa posição alheia que o Estado ocupa no processo, materializada na figura do julgador, que não está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas.²⁰⁴

Mas retomando o ponto nevrálgico deste tópico, é necessário aferir se, com a aplicação do artigo 370 do CPC - como forma de garantir um processo isonômico e uma decisão justa -,

²⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 15 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 16 maio 2017.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, p. 391.

²⁰² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 429.

²⁰³ GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3, p. 357.

²⁰⁴ LOPES JR., op. cit., p. 429.

não se corre o risco de fomentar o ativismo judicial e enfraquecer os pilares democráticos do Direito. Como se sabe, o Processo Civil deve ser visto a partir de uma perspectiva pública, nesse sentido, “*si hay un interés público en que el resultado del proceso civil sea justo y legal, el Estado debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición [...]*”.²⁰⁵

É recorrente na doutrina, a afirmação de que o juiz pode exercer seus poderes instrutórios independentemente da natureza do direito, seja ele disponível ou indisponível. Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz pode limitar-se a acolher somente o que as partes levaram ao processo, é o mesmo que afirmar que o Estado não demonstra preocupação com direitos disponíveis, ou “que o processo que trata de direitos disponíveis não é o processo que é instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado Constitucional”.²⁰⁶

De forma contrária aos ensinamentos da doutrina majoritária, Lenio Streck²⁰⁷ afirma que “o juiz só poderá determinar de ofício as provas necessárias ao julgamento de mérito quando se tratar de questão que verse sobre direitos indisponíveis a respeito dos quais as partes não possam transigir”. Para o autor, se for permitida a produção de provas de ofício pelo juiz, ele jamais julgará o mérito sob o fundamento de que a parte não provou, como lhe incumbia, o fato constitutivo do direito alegado ou o fato desconstitutivo, pois se há alguma prova a ser realizada, o juiz deverá produzi-la de ofício, sob pena de, não o fazendo, estar impossibilitado de julgar o mérito.

Nesse sentido, “o agir por princípios funciona como uma blindagem contra desvios do “agir de ofício”, podendo ser cobrados pela parte prejudicada em grau recursal...”²⁰⁸ Ademais, “se vingar a tese de que “de ofício” quer dizer “aquilo que o juiz entender ao seu talante na busca de uma verdade real (sic), a questão a saber é: *qual das duas partes terá a sorte de ter ao seu lado o olhar de ofício do magistrado? O autor ou o réu? Serão, então, dois contra um?*”²⁰⁹

A temática da produção de provas de ofício pelo juiz é deveras complexa e possui argumentos sólidos de ambos os lados. Contrapondo-se ao questionamento do parágrafo acima,

²⁰⁵ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia, 1976. t. 1, p. 81.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, p. 391.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 15 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 16 maio 2017.

²⁰⁸ FREIRE, Alexandre (Coord.). STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 721.

²⁰⁹ STRECK, op. cit.

no sentido de que uma das partes terá a sorte de ter o juiz ao seu lado, Hugo de Brito Machado²¹⁰ traz à baila importante ponto para se pensar. Se é possível argumentar que os poderes instrutórios do juiz ajudam o autor, esse mesmo raciocínio, aplicado de maneira coerente, autorizaria a conclusão de que essa ausência de poderes ajudaria o réu. E uma questão delicada emerge a partir de tal pensamento: os poderes instrutórios do juiz ajudam o autor, em princípio, se, e somente se, ele possuir razão quanto às suas alegações de fato. Não obstante, ao revés, a falta de poderes instrutórios ajuda o réu se, e somente se, este não tiver razão.

A questão pensada desta forma acaba sendo muito mais grave. É preciso ter presente, que a falta de poderes instrutórios do juiz ajuda o processo a servir de instrumento para dar razão a quem não a possui, situação que não se coaduna com a pretensão a um processo justo, haja vista que “não há como exercer a jurisdição adequadamente, assim entendida a função de dizer o direito (subjetivo, fruto da incidência de uma norma) no caso concreto, sem se conhecer esse caso concreto, a fim de que se possa corretamente determinar o direito...”²¹¹

Parece equivocada o argumento de que não seria possível atribuir iniciativa probatória ao juiz civil. Tal conclusão surge a partir do fato de que é ultrapassada a ideia de que o Processo Civil é um negócio particular e com um fim privado (defesa de interesses pessoais). Essas concepções antiquadas de que o processo deve ser pensado a partir de uma concepção privatista se encontram desde muito tempo superadas, em favor de uma visão publicista do processo, concebido como instrumento necessário para o exercício da função jurisdicional.²¹² É de se salientar ainda que, embora o direito discutido em determinada ação tenha caráter disponível/privado, a forma através da qual essa discussão será travada não pertence aos litigantes, mas sim ao Estado.

Robson Godinho²¹³ exemplifica a questão de maneira esclarecedora: um acidente automobilístico envolvendo três carros (sendo todos os condutores capazes), em um cruzamento sem a devida sinalização, ocorrido em uma comarca que conta com apenas um juízo. O condutor A ajuíza ação indenizatória contra o condutor C, sem arrolar qualquer testemunha e trazendo apenas fotografias como meio de prova. O juiz percebe que no boletim

²¹⁰ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3, p. 335-336.

²¹¹ *Ibid.*, p. 336.

²¹² PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 97-98.

²¹³ GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3, p. 357-358.

de registro do acidente consta a identificação de um comerciante que estava perto do local e também dos policiais que realizaram a ocorrência, mas nada faz em relação a tal constatação, e, com base nas regras concernentes ao ônus da prova, julga a demanda improcedente. Alguns meses depois o condutor B ajuíza a mesma ação em face do condutor C, mas dessa vez o juiz resolve ouvir como testemunhas o comerciante e os policiais, além de determinar de ofício inspeção judicial no local do acidente. Com as provas produzidas, o mesmo juiz do primeiro processo (*A versus C*) atribui à demanda julgamento de procedência.

Se a iniciativa probatória for considerada uma faculdade, como ocorre no exemplo acima, o descontrole do critério judicial é absoluto; se for considerado um dever, ou um poder-dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução processual poderá acarretar inúmeros problemas; caso se elimine a instrução oficial, será comum a omissão e os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar a atividade instrutória para apenas alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão de que a disponibilidade enseja a indiferença em relação ao resultado do processo.²¹⁴

Portanto, é possível extrair dos argumentos delineados neste tópico, diversas inquietações acerca desse instigante tema. No entanto, considerando-se (i) o caráter publicista do processo, (ii) a relação teleológica entre prova e verdade, (iii) o dever institucional do juiz na prolação de decisões justas e (iv) a necessidade de o processo ser *truth-oriented* e ao mesmo tempo preocupar-se com a tendencial completude do material probatório, parece não haver dúvidas de que, corretamente, o legislador outorgou ao órgão jurisdicional poderes instrutórios que, embora devam ser utilizados com muita cautela – evitando-se o solipsismo e o protagonismo judicial – contribuem sobremaneira para que a prestação jurisdicional se concretize de forma mais justa.

3.4 A Valoração da Prova e o Dever de Fundamentação: a Necessidade de Decisões Judiciais Baseadas em Princípios

Embora pareça evidente, nunca é demais afirmar que há uma necessidade de que o juiz explique na sua decisão, as razões pelas quais deixa de acolher as provas coligidas pela parte sucumbente. Não basta, portanto, que a sentença fundamente de forma irretocável os motivos

²¹⁴ GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3, p. 358.

que conduziram o julgador a acolher o pedido de uma das partes, sendo necessário, além disso, que nela constem as razões que conduziram o órgão jurisdicional a não acolher as provas e argumentos trazidos pela parte derrotada. A decisão judicial deve se fundar em critérios racionais e ser devidamente motivada, pois, para além da necessidade de o juiz dizer o que o Direito pensa sobre aquele caso concreto (discurso para as partes), ele possui um dever institucional de promover a unidade do Direito de maneira coerente e universalizável (discurso para a sociedade).

O julgamento só pode ser feito com base nas provas que favorecem uma das partes, quando não há nos autos provas que possam beneficiar a outra. Ao fim e ao cabo, isso quer dizer que não importa quem requereu a prova, pois ainda que ela tenha sido requerida pela parte vencedora, poderá favorecer a perdedora, ainda que em parte. É o que ocorre muitas vezes com a prova testemunhal, em que o juiz procura recortar determinados trechos do depoimento da testemunha, para dar ênfase aos trechos que demonstram a hipótese vencedora. No entanto, não pode o juiz considerar apenas uma parte do depoimento e esquecer a outra, pois se assim o fizer, não estará justificando as suas razões, mas sim as razões de uma das partes.²¹⁵

Rui Cunha Martins²¹⁶ esclarece que o contraditório é verdadeira condição de validade da prova. Esse aspecto do contraditório deixa claro que só podem se valoradas pelo juiz na sentença as provas que tiverem sido produzidas na sua presença e com a participação ativa das partes processuais. Ademais, essa impossibilidade de valoração é de natureza absoluta, pois a relativização do contraditório atinge a própria essência do elemento de convicção, portanto, “não se trata tão só de uma prova ilegítima, isto é, uma prova obtida com a inobservância de norma procedimental, mas de uma verdadeira não-prova [...]”.

A necessidade de o juiz justificar as suas próprias razões, demonstrando de forma clara o motivo pelo qual prefere uma prova em relação à outra, nada mais é do que um corolário do direito à prova, pois o direito a provar não se resume à possibilidade de produzir a prova, mas também ao direito de ter essa prova devidamente valorada, podendo se afirmar que a motivação é mais importante para o perdedor do que para o vencedor, visto que é aquele que deve se conformar com a decisão e buscar conforto na devida fundamentação judicial, pois se assim não for, estará ele legitimado a interpor o competente recurso.²¹⁷ O artigo 489, § 01º, IV do CPC reproduz exatamente o que está sendo dito, quando estabelece de maneira expressa que

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 320-321.

²¹⁶ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 21.

²¹⁷ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 321.

“não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;”.

A fundamentação é condição de possibilidade para se chegar a uma decisão válida, da mesma forma que o processo é condição de possibilidade da aplicação do direito. Nos dizeres de Lenio Streck²¹⁸, o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto nos artigos 489 e 371 do CPC, coloca uma pá de cal sobre antigos entendimentos de que uma decisão poderia ser dada por livre convencimento, desde que fosse motivada. É preciso que fique claro que motivação e fundamentação são coisas distintas. Confundir tais conceitos é afirmar que o juiz primeiro decide e depois apenas motiva aquilo que já escolheu. Se assim fosse, seria a morte da Teoria do Direito e do Direito Processual, porque a decisão ficaria refém da boa (ou da má) vontade do julgador, o que tornaria o processo absolutamente inútil e tudo se transformaria em argumentos finalísticos-teleológicos.

Vale lembrar que, muito “embora o jurista contemporâneo deva estar distanciado do jurista clássico (boca da lei), isso não significa que ele esteja autorizado a agir arbitrariamente”²¹⁹, pois, “o jurista, diante do texto, não está livre para construir seu sentido a partir de suas “felizes ideias”, e, portanto, do seu livre arbítrio. Ele deve estar disposto a deixar que o texto lhe diga algo, abstraindo-se de suas concepções prévias e inautênticas.”²²⁰

O juiz não é livre para decidir conforme sua consciência, exatamente por ter um dever institucional de proferir uma decisão universalizável e que seja racionalmente justificada - não a partir de argumentos morais, mas a partir do que o Direito tem a dizer sobre aquele caso específico. Para o juiz solipsista não importa pensar o Direito enquanto unidade, tampouco decidir de forma coerente com o ordenamento jurídico. E são exatamente nesses casos que o “princípio” da verdade real acaba prevalecendo em detrimento da legislação democrática. Observação importante que ascende deste discurso é o fato de que, além de constituir erro gravíssimo falar em verdade real – conforme amplamente demonstrado em momentos anteriores -, maior ainda é o equívoco quando se tenta encaixar essa “modalidade” de verdade como se um princípio fosse.

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 23 abr. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

²¹⁹ BUFFON, Marciano. Interpretação das normas tributárias: a hermenêutica filosófica como alternativa para o rompimento com o paradigma racionalista. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 156.

²²⁰ Ibid. p. 156.

Celso Antônio Bandeira de Mello²²¹ conceitua princípio como sendo mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas e serve de critério para sua exata compreensão e inteligência, definindo a lógica e racionalidade de todo o sistema normativo.

Nos dizeres de Dworkin²²², princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover uma situação econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” Os princípios (re)inserem a facticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um efetivo diálogo entre a decisão particular e todo o ordenamento. Sendo assim, proporcionam que a decisão, devidamente fundamentada (condição de possibilidade), publicize o sentido que será intersubjetivamente controlado, e que tenderá a manter a coerência e integridade do direito.²²³

Assim, para se analisar princípios e a fundamentação das decisões judiciais, o discurso da tradição e a importância da história ganham especial relevo. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo das decisões anteriores. A integridade do Direito instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor, no caso, a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.²²⁴ Pensar historicamente significa realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado, quando neles se procura pensar. Devidamente situada a importância da tradição e da historicidade, Gadamer²²⁵ deixa claro que “pensar historicamente implica sempre uma mediação entre aqueles conceitos e o próprio pensar. Querer evitar os próprios conceitos na interpretação, não somente é impossível, mas é também um absurdo evidente”.

Tanto os argumentos decisórios como os princípios que alicerçam a norma jurídica não podem ser utilizados de forma teleológica. O cidadão tem o direito de ter sua causa julgada a partir da Constituição e, de igual forma, tem o direito de exigir condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. Trata-se, portanto, de um

²²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 230.

²²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

²²³ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 59.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271-274.

²²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 578.

princípio no sentido adequado do termo, que possui relação de estrita dependência com o dever fundamental de justificar as decisões. A obrigação de fundamentar visa a preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios, bem como substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sem esquecer, nesse contexto, “a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídica.”²²⁶

Há duas formas de se tratar os princípios. A primeira delas diz respeito ao fato de que princípios são teleológicos, ou seja, com base nessa teoria, princípios seriam valores, com grau de generalidade alto e que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.²²⁷ Não obstante, de antemão já é possível prever alguns problemas que repousam nessa teoria, e o que mais se destaca é, sem dúvidas, como responder com propriedade “o que são esses valores”? O fato é que qualquer operador do direito poderá atribuir o sentido que bem quiser e da maneira que bem entender. Se os princípios servem para fortalecer o Direito, sua transformação em valores fará exatamente o oposto, pois “o Direito não pode ser “corrigido” por argumentos políticos ou morais. Ou por argumentos “morais-políticos”.²²⁸

A segunda concepção que deve ser compreendida, e que parece a mais adequada, é a de que princípios são deontológicos, tese esta que se coaduna com o pensamento de Habermas, Dworkin e Lenio Streck. Neste sentido é possível afirmar que os princípios

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 587-588.

²²⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993. p. 81-87, 138-139. Complementando a ideia de que princípios são valores, Humberto Ávila esclarece: “As considerações antes feitas demonstram que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa investigação e permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie o que for necessário para promover o fim é devido. Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 79.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Deontologia do direito: “direito não pode ser corrigido por valores morais”. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 02 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

recebem sua carga deontológica em razão de sua manifestação histórico-cultural advinda de uma comunidade política. Com efeito, Habermas²²⁹ afirma que princípios deontológicos impedem qualquer interpretação teleológica de mandamentos morais, pois o sentido do dever-ser moral não seria bem compreendido se quiséssemos ver nele apenas a expressão do caráter desejável de determinados bens. Os mandamentos morais devem ser seguidos porque os temos como certos e não porque esperamos obter através deles a realização de determinados fins, mesmo que esses fins vissem à felicidade suprema ou o bem-estar coletivo.

As normas morais também incorporam valores ou interesses, porém, somente os que são generalizáveis, levando em conta a respectiva matéria. Essa pretensão à universalidade exclui a interpretação teleológica de mandamentos morais, ou seja, a interpretação que leva em conta a vantagem relativa de certos valores ou interesses. Deste modo, tanto as regras morais como as leis jurídicas são gerais, em pelo menos dois sentidos. Em primeiro lugar, na medida em que se dirigem a muitos destinatários, não permitem exceções. Em segundo lugar, porque excluem privilégios ou discriminações na aplicação. Isso refere-se à igualdade da aplicação do Direito.²³⁰ Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista.²³¹

O cuidado que se deve ter com a aplicação dos princípios é que o seu caráter normativo não pode, sob qualquer hipótese, ser encarado como um alibi para a discricionariedade. Desta forma, deve-se ressaltar que só pode ser chamada de pós-positivista uma Teoria do Direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, o que significa dizer, que essa superação implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial, podendo-se falar também em enfrentamento do solipsismo da razão prática.²³²

Quando se admite o uso da decisão discricionária, se afirma que tal decisão poderá ser pautada por critérios não jurídicos. Portanto, se discricionária é a decisão que não se pauta por

²²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 193.

²³⁰ *Ibid.*, p. 193-194.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 615.

²³² STRECK, Lenio Luiz. Patogênese do protagonismo judicial em Terrae Brasilis ou de como “sentença não vem de sentire”. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 162-163.

critérios jurídicos, o que se tem é o ambiente do antidireito – ainda que se fundamente por justo. Nessa discussão acerca da discricionariedade nas decisões judiciais, percebe-se que questões de conveniência e oportunidade do julgador acabam tomando o lugar do processo lógico-argumentativo que deve pautar toda e qualquer decisão. “Quando a discricionariedade entra, o direito sai; quando termina um, inicia-se o outro”.²³³

Em tempos de constitucionalismo contemporâneo, a discricionariedade deve ser eliminada na maior medida possível, porquanto a decisão não depende de critérios subjetivos, mas sim dos parâmetros e amarras próprios da democracia constitucional. Em um modelo decisório discricionário, a norma advinda da decisão judicial estará alicerçada no bom ou mau humor do juiz, seu senso de justiça e outros critérios de índole puramente subjetiva. Nessa quadra, de nada adianta a Constituição Federal e todo o processo democrático se as questões jurídicas puderem ser decididas por parâmetros extrajurídicos vinculados à consciência do próprio julgador. Portanto, quando a questão jurídica é examinada por um juiz discricionário, ela será decidida com uma resposta não jurídica.²³⁴

O fato de a sentença necessariamente estar apoiada em razões jurídicas preenche a condição de racionalidade do discurso jurídico, além de possibilitar o controle intersubjetivo do exercício do poder estatal pelas partes e pela sociedade, situação que redundará em uma efetiva administração democrática da justiça civil. A atividade interpretativa que conduz à decisão é fruto de um processo lógico-argumentativo justificado duplamente. Primeiro, porque a racionalidade da interpretação exige que o intérprete trilhe uma linha lógica (justificação interna); segundo, porque deve ser trilhada também uma linha argumentativa (justificação externa).²³⁵

Nesse sentido, é possível afirmar que, do ponto de vista do resultado, a racionalidade da interpretação exige coerência e universalidade. O produto da interpretação tem de ser coerente. A interpretação tem de ser capaz de ser reconduzida a um conjunto, internamente consistente, de princípios e regras amalgamadas por princípios fundamentais comuns. Tem de ser ainda universalizável (*there is no justification without universalization*), ou em outras

²³³ ABOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora online. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 251, p. 161-173, jan. 2016.

²³⁴ *Ibid.*, p. 161-173.

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 412.

palavras, “a justificação tem que ter condições de ser replicável para os casos futuros idênticos ou semelhantes”.²³⁶

Nos dizeres de Lenio Streck²³⁷, a principal preocupação da teoria do direito deve ser o controle da interpretação, problema que se agrava com o constante crescimento da jurisdição em detrimento da legislação. Se aos princípios é possível debitar esse crescimento tensional, é igualmente neles que reside o modo de preservar a autonomia do Direito e a concretização da força normativa da Constituição. Daí a necessidade de um combate ao panprincipiologismo²³⁸, que enfraquece sobremaneira o caráter concretizador dos princípios, “ao criar uma gama incontrolável de *standards* retórico-persuasivos que possibilitam a erupção de racionalidades judiciais *ad hoc*, com forte cunho discricionário”

Quando se cobra do juiz o dever de fundamentar suas decisões, ser coerente e argumentar com base em princípios, não se está oferecendo a garantia de que tais decisões, devidamente percorrido esse caminho, serão juridicamente corretas. Não se trata, portanto, de uma obrigação de resultado, mas de meio, em que o julgador deve buscar racional e responsabilmente a resposta mais correta possível.²³⁹

Portanto, em decorrência de sua responsabilidade política, o juiz deve explicitar de forma clara as condições pelas quais compreendeu, de modo que sua decisão seja legítima, tanto do ponto de vista dos direitos fundamentais como do ponto de vista democrático. O objetivo primordial do juiz não é o de exercer sua função proferindo uma decisão conforme suas convicções, mas sim dar às partes e à sociedade a decisão mais justa (não a partir do que o julgador entende como justo, mas a partir do que o Direito entende) e fundamentada possível, agindo, como uma das peças que tornam o sistema de distribuição de justiça algo coerente, íntegro e homogêneo. Nessa quadra, parece evidente que uma decisão tomada com

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 412-413.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Novos (e velhos) mitos no direito: o problema da falsa abertura dos princípios ou “o que é ser positivista”? In: TELLINI, Denise Estrela (Org.) *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo. Caxias do Sul: Plenum, 2010. p. 427.

²³⁸ “Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 50.

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz. O juiz soltou os presos; já Karl Max deixou de estudar e foi vender droga. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 21 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-21/senso-incomum-juiz-solta-21-karl-max-deixou-estudar-foi-vender-droga>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

base em argumentos subjetivos não estará observando de forma idônea a relação jurisdição-democracia, tampouco preservando a força normativa da Constituição.

4 PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS: CONCEITUAÇÃO E O PANORAMA DO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 veda, de forma expressa, o uso no processo da prova obtida ilicitamente, ainda que tenha sido ela produzida em momento anterior à propositura da ação. Embora a norma não seja tão específica, essa interpretação do artigo 05º, LVI, que preceitua que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” é a que parece mais adequada e que melhor alberga uma das ideias que integram o conceito de devido processo legal.

Na versão original do anteprojeto do Código de Processo Civil (Projeto de Lei 166/2010), apresentado ao Senado Federal, constava previsão expressa, no parágrafo único do artigo 257, no sentido de relativizar a proibição absoluta das provas ilícitas, de forma totalmente contrária à Constituição Federal. O referido dispositivo possuía a seguinte redação: “A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.” No entanto, no relatório do Senador Valter Pereira²⁴⁰, considerou-se inconstitucional a inserção do aludido artigo na legislação processual, por questões que serão oportunamente trabalhadas em momento posterior.

Como ponto de partida interessante, para uma discussão sobre o tema proposto, importante esclarecer que prova ilícita, ao lado de prova ilegítima, são espécies concernentes ao gênero prova ilegal²⁴¹. Tal distinção se revela de suma importância para uma compreensão preliminar acerca do que será estudado e também para que se crie um arcabouço teórico que facilitará o enfrentamento dos problemas que surgirão.

A diferenciação entre as provas ilegítimas e as provas ilícitas, basicamente, se refere ao fato de que, enquanto as provas ilegítimas são aquelas cuja produção importa em ofensa à norma processual, as provas ilícitas concernem àquelas colhidas com efetiva infração a normas

²⁴⁰ Emenda nº 30 do relatório do Senador Valter Pereira sobre o Projeto de Lei do Senado Federal nº 166, de 2010. p. 202: “A Emenda nº 30 deve ser acolhida, para suprimir o parágrafo único do art. 257, que afronta a Constituição da República. O acolhimento de provas ilegais, possível de acordo com a redação do dispositivo constante do projeto, já foi por diversas vezes reprovado pelo Supremo Tribunal Federal, por inconstitucionalidade. O Supremo já acolheu, inclusive, a teoria dos frutos da árvore envenenada, anulando decisões fundamentadas em provas obtidas por meios ilícitos ou a partir de outras provas assim formadas.” PEREIRA, Valter. *Parecer nº, de 2010*. Da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550648>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

²⁴¹ REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 291.

ou a princípios de direito material.²⁴² Não obstante seja remansoso que as normas e garantias vinculadas aos processos civil e penal sejam muitas vezes diversas, muitas lições devem ser aproveitadas, inclusive, pelo fato de que o artigo 5º, LVI, trata das provas ilícitas no processo, de maneira abrangente. Partindo-se de tal premissa, importante trazer à baila os ensinamentos de Aury Lopes Jr.²⁴³, que embora seja referência doutrinária na seara processual penal, ensina com maestria questões que podem ser aproveitadas em toda a esfera processual.

Para o autor, a diferenciação entre as provas ilegítimas e ilícitas pode ser traçada de forma simples e didática. A prova ilegítima ocorre quando há violação de uma regra de Direito Processual no momento de sua produção em juízo, de forma endoprocessual. Sua vedação tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses concernentes à lógica e à finalidade do processo – v.g. juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida, a exemplo de uma declaração escrita que não é submetida ao contraditório, etc. Por outro lado, a prova ilícita é, via de regra, mais grave, pois viola norma de direito material ou a própria Constituição Federal no momento da sua coleta – anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade, como acontece com a interceptação telefônica ilegal, a quebra ilegal de sigilo bancário ou fiscal, etc.

Essa separação entre as categorias jurídicas referidas, abre as portas para o desenvolvimento de importantes reflexões. Uma delas diz respeito ao fato de que a liberdade de forma existente no ordenamento jurídico não autoriza que as provas ilegais sejam comparadas às provas atípicas, tendo em vista que aquelas são sancionadas pelo sistema processual, diferentemente do que ocorre com estas últimas. As provas ilegais têm como consequência jurídica – pela regra tradicional –, por exemplo, a negação de credibilidade e poder de convicção, a repetição do ato (nos casos das provas ilegítimas) ou até mesmo a própria possibilidade de rescisão da sentença por falsidade. Ao passo que as provas atípicas não acarretam o surgimento de qualquer nulidade ou vício de qualquer espécie²⁴⁴, inclusive por força do artigo 369 do CPC.²⁴⁵

²⁴² REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 291.

²⁴³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 583.

²⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3, p. 50.

²⁴⁵ Art. 369: As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

A respeito deste artigo 369, cumpre fazer uma observação pontual acerca da prova moralmente ilegítima, que é a prova que contraria a boa-fé objetiva. Conforme já visto em tópico anterior, a “boa-fé objetiva é uma norma jurídica - especificamente, um princípio. Violar a boa-fé objetiva é, portanto, violar uma norma jurídica. Ao violar uma norma jurídica, a prova torna-se ilícita”.²⁴⁶ Desta forma, não se entende os motivos que conduziram o legislador a inserir no aludido artigo de lei a expressão “moralmente legítimos”. Ao que parece, a intenção legislativa veio contaminada por resquícios de um tempo em que os princípios não possuíam força normativa.²⁴⁷

Repisando argumentos já expostos, em um modelo de processo que se diz cooperativo, a força normativa da boa-fé no seu aspecto objetivo demonstra de forma clara a vedação de criar dolosamente posições processuais, do *venire contra factum proprium* e do abuso dos poderes processuais que possam gerar no outro sujeito uma confiança legítima. Todos esses exemplos são decorrentes da cláusula geral de boa-fé processual²⁴⁸ e, se acaso determinada prova for produzida sem a observância de tais diretrizes, ela deverá ser considerada ilegítima.

Ademais, as provas ilícitas diferem-se das provas ilegítimas quanto à natureza jurídica, causa e efeitos. As provas ilícitas possuem natureza jurídica de ato inexistente, e consistem naquelas provas que afrontem direitos fundamentais. Além disso, em relação aos seus efeitos, as provas ilícitas, quando inadmitidas no processo, não geram efeitos, não podem ser valoradas e devem ser desentranhadas. Por seu turno, as provas ilegítimas possuem natureza jurídica de ato anulável; quanto à causa, são aquelas que contrariam norma no ordenamento jurídico, mas sem violação a direitos fundamentais. Em relação aos seus efeitos, diferentemente das provas ilícitas, que não podem ser valoradas, as provas ilegítimas, em determinados casos, podem gerar efeitos e terem o suprimento da anulabilidade.²⁴⁹

Sobre o tema, Luis Alberto Reichelt²⁵⁰ faz essa distinção indicando a nomenclatura correta para definir a ilicitude em ambos os planos (material e processual): “provas ilícitas, assim consideradas aquelas colhidas com infração a normas ou a princípios de direito material,

²⁴⁶ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 2, p. 99. Cumpre aqui fazer uma ressalva ao que leciona o nobre professor baiano, haja vista que, a partir de suas colocações, parece mais correto encaixar essa violação da norma jurídica da boa-fé como se prova ilegítima fosse, e não ilícita, conforme consta dos seus ensinamentos doutrinários.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 99.

²⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 107.

²⁴⁹ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova ilícita no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 142.

²⁵⁰ REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 292-293.

e provas ilegítimas, aquelas cuja produção importe em ofensa à norma processual”. Complementando a ideia, esclarece o autor: “as discussões quanto à validade são situadas na dimensão do direito material, enquanto as discussões quanto à existência e à eficácia são travadas no seio do Direito Processual”.

Nesse sentido, Marinoni e Arenhart²⁵¹ tecem importante esclarecimento para a compreensão do tema: “há provas que são dependentes do ilícito e provas em cujo procedimento houve uma ilicitude. Em alguns casos, a prova existe porque o ilícito foi praticado e, em outros, a existência da prova não é consequência da ilicitude.” Assim, ainda que a prova não constitua resultado direto da ilicitude, ela varia conforme a qualidade da norma violada. A violação de uma norma processual, portanto, pode se tratar de uma mera irregularidade ou ainda revelar-se como uma evidente lesão a um direito fundamental processual.

A temática abordada pode parecer simples e singela, no entanto, embora haja expressa previsão constitucional que veda a utilização das provas ilícitas, a questão está longe de uma solução consensual, tanto em sede doutrinária como em sede jurisprudencial. A problemática já se inicia com o processo se dividindo em Processo Civil e Processo Penal, tendo cada área as suas garantias e particularidades; logo mais, se esbarra em outro problema, que em tempos de constitucionalismo contemporâneo já não deveria mais existir: a verdade material/real buscada no Processo Penal não é a mesma que a verdade formal a qual o Processo Civil deve se contentar. Já se trabalhou exaustivamente essa questão, mas aqui repisa-se superficialmente alguns argumentos, apenas para demonstrar alguns problemas que emergem desse espinhoso tema da (in)admissibilidade das provas ilícitas.

Dividir a verdade em conceitos múltiplos, como se sobre o mesmo fato diversas verdades pudessem coexistir, é algo totalmente inadequado e que todos os operadores do Direito deveriam batalhar arduamente para combater. Modernamente, não se pode admitir que exista a verdade dos autos, a verdade “lá fora”, a verdade do Processo Penal e a verdade do

²⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 298-299. No mesmo sentido os autores explicam: “Se determinadas regras processuais infraconstitucionais têm a função de regulamentar um direito fundamental, e outras podem simplesmente reproduzir os termos das normas constitucionais, há regras processuais infraconstitucionais que não são imprescindíveis à efetividade de um direito fundamental processual. Assim, quando a prova é o resultado de um procedimento em que foi cometido um ilícito (e não o resultado direto da ilicitude), é preciso atribuir-lhe significado, uma vez que a prova e o ilícito, no caso, podem se separar. A repercussão do ilícito sobre a prova poderá ser maior ou menor, conforme a indispensabilidade da regra violada para a proteção dos direitos fundamentais processuais. No caso em que a regra infraconstitucional violada repete os dizeres da norma constitucional, não há dúvida a respeito da violação do direito fundamental processual. Fora daí, para se definir a importância da norma infringida, é preciso indagar sobre a sua essencialidade para a efetividade do direito fundamental processual”. Ibid., p. 298-299.

Processo Civil. A verdade é uma só e é ela que deve ser perseguida, sempre com a ciência de que, muitas vezes, ela não poderá ser aferida em sua máxima amplitude, algo que não lhe retira a essência de ser verdade, pois “não existe qualquer correlação necessária entre a incompletude do conhecimento e a verdade”, além disso, “um conhecimento obtido de forma incompleta pode muito bem ser verdadeiro, isso é, corresponder com a realidade”.²⁵²

Destarte, tanto a dicotomia processual existente entre Processo Penal e Processo Civil, como o inequívoco fato de que a relação existente entre prova e verdade é teleológica, são questões que permeiam a problemática das provas ilícitas. É remansoso o fato de que o Processo Civil possui um caráter publicista que muitas vezes deverá tutelar direitos fundamentais, e que, portanto, deve ter suas formalidades e regras do jogo devidamente respeitadas, sempre com vistas a preservar os princípios e regras insertos na Constituição Federal.

Não se pode admitir que uma prova possa ser considerada ilícita para o Processo Civil, mas para o Processo Penal ela seja admitida pelo fato de que neste último se busca a verdade real. A admissão de determinada prova ilícita quebra o ordenamento jurídico enquanto unidade, pois afronta o Direito de forma universal, não podendo se admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: “condenado e prestigiado apenas porque se dividiu o Direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o Direito e não somente partes separadas”.²⁵³

Muitos são os pontos obscuros que circundam o tema da prova ilícita, no entanto, é possível afirmar, de antemão, o que merece ser colocado como pano de fundo da presente pesquisa por apresentar grande divergência conceitual e em termos de aplicabilidade: a diferenciação entre a ilicitude da prova nos planos do direito material e processual, e os seus efeitos práticos no Processo Civil constitucional. Fixado este ponto, desde já se mostra palpável a problemática que necessariamente deve ser trabalhada.

É possível que se verifique que há provas que são dependentes do ilícito e provas em cujo procedimento houve uma ilicitude. Nesse sentido, fica claro que há uma diferença substancial entre a ilicitude da prova no plano do Direito Material e no plano do Direito Processual. A inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, referida no artigo 5º, LVI da CF, concerne à violação de uma regra de direito material (por exemplo: direitos à inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio e da correspondência), que pela própria

²⁵² RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 27.

²⁵³ FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 189.

imposição constitucional afasta a possibilidade de produção probatória que seja derivada de uma ilicitude nesse plano, exatamente pelo fato de que o ilícito é sua causa. Aqui pode-se constatar que o processo abre mão da descoberta da verdade visando a proteção de direitos materiais que eventualmente possam ser violados, em decorrência de exigências superiores advindas da própria Constituição Federal. A questão que deve ser verificada, e que surge como um verdadeiro problema a ser trabalhado, relaciona-se exatamente com a possibilidade (ou impossibilidade) de que, excepcionalmente, uma prova seja produzida quando há violação de direitos para sua obtenção. Dessa forma, caso se verifique que é possível a produção probatória nesse sentido, deverão ser estabelecidos os critérios que devem ser observados para que se admita uma prova (i) derivada de uma ilicitude ou (ii) em cujo procedimento houve violação de direitos. Esse é o desafio proposto através desta pesquisa.

4.1 A Ilegalidade da Prova nos Planos do Direito Material e Processual e Algumas Provas em Espécie

Embora já esteja devidamente construído o alicerce da pesquisa, principalmente em relação ao problemático tema do ativismo judicial²⁵⁴, mostra-se pertinente encaixar na seara das provas ilegais – ilícitas e ilegítimas – algumas considerações importantes sobre o assunto, ainda que de forma breve e preliminar, visando apenas estabelecer os limites constitucionais à iniciativa probatória de ofício pelo juiz, sem que tal iniciativa venha a contaminar eventuais provas que tenham sido produzidas. A ideia é justamente traçar de maneira objetiva alguns critérios a serem observados, sem que isso importe em tautologia com relação a pontos que já foram exaustivamente trabalhados em outro momento.

Já se demonstrou o posicionamento defendido, no sentido de que, embora a doutrina processual civil não seja uníssona, parece correta a intenção do legislador quando autoriza a produção de provas de ofício pelo juiz, inclusive em decorrência do caráter publicista do processo e da própria necessidade de o julgador preocupar-se com a busca da verdade e com a

²⁵⁴ Conforme já abordado, o termo ativismo judicial é aqui utilizado – na linha de Lenio Streck e Lúcio Delfino - para definir um fenômeno prejudicial à democracia (umbilicalmente vinculado ao decisionismo e ao protagonismo judicial), diferentemente do que ocorre com a judicialização da política, que muitas vezes se revela positiva e necessária. Não se desconhece o fato de que excelentes doutrinadores (provavelmente de forma majoritária) utilizam o termo ativismo judicial como algo positivo e prospectivo para a democracia, aplicando-o para definir a conduta do juiz como proativa e preocupada com a prolação de decisões justas e que resguardem a Constituição Federal. Portanto, utiliza-se o termo ativismo judicial como algo que fere a democracia, por questões puramente metodológicas.

prolação de decisões justas. Não obstante, a intenção agora é trazer as consequências advindas da hipótese de o juiz não observar os limites constitucionais à iniciativa probatória de ofício.

A tutela jurisdicional deve ser prestada a partir dos pedidos e da vontade das partes, considerando o fato de que o ordenamento jurídico estabelece a dicotomia clara entre a proteção do público e do privado, inclusive, com vistas à própria Constituição Federal. Esse é o fundamento subjacente ao princípio dispositivo. Nesse sentido, Joan Picó i Junoy²⁵⁵ esclarece que “a iniciativa probatória *ex officio iudicis* não pode ser ilimitada, pois pode entrar em conflito com direitos ou valores constitucionais que merecem ser protegidos”, sendo que, a partir de tal concepção, estabelece três importantes limites que devem ser observados, inclusive, para que as provas produzidas não acabem eivadas por ilegalidades procedimentais.

Em primeiro lugar, a prova praticada pelo juiz deve limitar-se aos fatos controvertidos ou discutidos pelas partes, em virtude dos princípios dispositivos e de aportação da parte, pois são os litigantes que devem trazer ao processo o material fático que fundamenta suas pretensões, não podendo o juiz realizar atividade tendente a investigar fatos não alegados. Em segundo lugar, deve constar no processo as fontes de prova sobre as quais tem lugar a posterior atividade probatória do juiz – a exemplo da necessidade de constar nos autos a identidade da testemunha a ser intimada -, haja vista que este limite visa a evitar que o juiz atue inquisitivamente e preserve sua necessária imparcialidade. Por fim, em terceiro lugar, o contraditório deverá ser respeitado a todo momento, sendo permitido às partes produzirem novas provas e, como intuitivo participar na prática de toda a atividade probatória.²⁵⁶ Portanto, qualquer atuação jurisdicional na produção de provas de ofício que fuja dos critérios objetivos retro delineados, irá de encontro à necessária imparcialidade judicial e maculará a prova que tenha sido produzida, podendo tal ilegalidade atingir tanto o plano do Direito Processual – quando há, por exemplo, ferimento ao princípio dispositivo – como o plano do direito material – quando, por exemplo, o órgão jurisdicional acaba por auxiliar uma das partes atingindo diretamente o princípio da isonomia.

É comum se observar na doutrina, e até mesmo em decisões judiciais, a distinção da prova obtida antes do processo e depois de sua instauração. No entanto, tal diferenciação parece ser despicienda, tanto para a prática processual como para o estudo proposto. É evidente que a

²⁵⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 108-109.

²⁵⁶ Ibid. p. 109. “Em definitiva, cada objeto protegido incide em um âmbito distinto da atividade jurisdicional: o primeiro, no próprio processo e nos fatos nele discutidos; o segundo, no juiz e sua devida imparcialidade; e o terceiro, nas partes e seu direito constitucional à defesa”. Ibid., p. 109.

ilicitude pode ocorrer antes do início do processo, como é o caso da gravação clandestina de uma conversa telefônica, ou após a sua instauração, em violação de direitos processuais ou materiais. O que importa saber, inclusive para facilitar a compreensão de alguns temas supervenientes, é que não há procedência em ligar a violação do direito material ao momento pré-processual. Por exemplo, se uma testemunha é coagida a depor em determinado sentido, há evidente violação a um direito fundamental – plano do direito material – dentro do processo. Portanto, eventual violação à direito material não possui qualquer correlação com a inexistência de processo.²⁵⁷

O que é importante perceber, no estudo da ilegalidade da prova nos planos do direito material e processual, é que uma prova pode violar simples regras de procedimento probatório - em que a necessidade de observância não possui relação direta e automática com a proteção das garantias da parte – e direitos fundamentais processuais, que são questões muito mais delicadas. Nessa última hipótese, a prova contém um vício tão grave quanto a que viola um legítimo direito fundamental material – como é o caso da inobservância do contraditório -, exemplo em que a separação da prova conforme a natureza do direito violado perde o sentido.²⁵⁸

Um dos principais pontos de divergência em relação ao tema, está na relação entre a prova ilícita e o direito fundamental à intimidade e à privacidade, que é tutelado tanto em nível constitucional como infraconstitucional. O direito fundamental à intimidade e à privacidade resguarda a vida íntima (esfera que diz respeito ao relacionamento da pessoa consigo mesma) e a vida privada (esfera que diz respeito ao relacionamento da pessoa com um número restrito de pessoas, a exemplo da família e amigos) conforme estabelecido pela Constituição Federal. Nesse sentido, se a prova foi obtida sem invasão das vidas íntima e privada da pessoa, a princípio não haverá qualquer violação dos direitos fundamentais à intimidade e privacidade.²⁵⁹

Diante desse panorama, é possível perceber que não é ilícita a utilização de imagens captadas por detetive particular que flagra o cônjuge do seu cliente, em via pública, com a amante. Não obstante, se a captação de tais imagens é realizada dentro do quarto de um motel, ou dentro do apartamento do amante, ou em qualquer outro local resguardado à privacidade do casal, e, portanto, protegido constitucionalmente, a prova, a princípio, deverá ser inadmitida,

²⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 296.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 296.

²⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 2, p. 103.

porque ilícita. O mesmo raciocínio deve ser aplicado na hipótese de utilização como prova de imagens captadas por câmeras escondidas em estabelecimentos comerciais e áreas comuns dos condomínios, devendo esta ser considerada lícita.²⁶⁰

Outro ponto específico que necessariamente deve ser trabalhado quando se fala em provas ilícitas, concerne à inviolabilidade da correspondência e o sigilo das comunicações em geral. O sigilo das comunicações está protegido expressamente pelo art. 5º, inciso XII da Constituição Federal, que preceitua que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Para o caso brasileiro é possível afirmar, em decorrência da amplitude do artigo supra referido, que a proteção abrange todas as espécies de comunicação pessoal, seja ela escrita ou oral, abarcando tanto o conteúdo quanto o próprio meio da comunicação, no caso, a espécie, a hora, a duração etc., mas também a identidade dos comunicantes. Somado a isso, não obstante a proteção seja mais elevada quando se cuida de informações relacionadas com a esfera íntima dos comunicantes, o que se protege em primeira linha é o processo comunicativo intersubjetivo, no sentido da reserva das comunicações pessoais em face do conhecimento pelo Estado ou por terceiros. Essa noção de sigilo (segredo) das comunicações, defendida de forma brilhante por Ingo Sarlet²⁶¹, assume “um caráter eminentemente formal, partindo-se de uma presunção absoluta de que o objeto da comunicação é sigiloso, o que parece corresponder (pelo menos quanto a alguns aspectos) ao entendimento consagrado no direito brasileiro...”. E prossegue o autor, na exata linha de que, se o objetivo da proteção é precisamente o de impedir que o Estado ou terceiros tenham acesso ao conteúdo da mensagem, “eventual utilização da comunicação pelos próprios comunicantes (por exemplo, a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores) não implica violação do direito ao sigilo das comunicações...”.

Visando a regulamentação do inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal, o legislador criou a Lei das Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/1996), legislação esta que não se aplica aos casos de gravações, mas tão somente interceptações. A doutrina²⁶² costuma

²⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 2, p. 103.

²⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 411-412.

²⁶² "Existem várias modalidades de captação eletrônica da prova: a) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a interceptação de conversa entre presentes (ambiental), por

diferenciar interceptação e gravação, no sentido de que, interceptação é a captação de conversa realizada por um terceiro (com ou sem conhecimento de um dos interlocutores), a exemplo do grampo telefônico. Ao passo que gravação é a captação da conversa realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, tendo-se assim a gravação clandestina.

Desta forma, conforme se extrai da norma constitucional, autoriza-se a interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma da lei (CF, art.5º, XI). Nos dizeres de Gilmar Mendes, “tem-se aqui típica reserva legal qualificada, na qual a autorização para intervenção legal está submetida à condição de destinar-se à investigação criminal ou à instrução processual penal.” Referida matéria encontra-se regulada pela já referida Lei nº 9.296/96, que tem como objeto de aplicação a interceptação de comunicações telefônicas e interceptação de comunicações em sistema de informática ou telemática, feitas por terceiros, independente de consentimento de um dos interlocutores. O que precisa ficar claro, é que tal regulamentação não abrange, portanto, as gravações telefônicas feitas por um dos interlocutores em telefonemas próprios, assim como as interceptações e gravações ambientais.²⁶³ Nesse sentido, Marinoni e Arenhart²⁶⁴ esclarecem que a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores não constitui ilícito, e utilizando a mesma linha de raciocínio, não há ilicitude em levar a juízo gravação de recado deixado em secretária eletrônica, desde que aquele que requer a produção dessa prova tenha acesso direto ao aparelho.

O artigo 1º da Lei nº 9.296/1996 exclui a utilização da interceptação telefônica perante o juízo cível: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”. Além de prever que o campo de utilização deste instrumento probatório deverá se limitar à esfera penal, o artigo 2º da referida Lei atua de forma complementar, prevendo a vedação do uso da interceptação telefônica, quando ocorrer alguma das hipóteses previstas nos seus três incisos.²⁶⁵

terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) a interceptação da conversa entre presentes (ambiental) por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes (ambiental), por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s).” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 690.

²⁶³ Ibid., p. 693.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 301.

²⁶⁵ “Art. 2º: Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser

No entanto, questão problemática que emerge quando se pensa em um caso de interceptação telefônica, que preenche adequadamente todos os requisitos estabelecidos pela legislação específica, se relaciona com a prova emprestada – trasladada do Processo Penal para o Processo Civil -, situação que não é abarcada pela Constituição Federal, tampouco pela Lei nº 9.296/1996.

Conforme já referido, a interceptação telefônica, para ser autorizada pelo órgão jurisdicional, deve necessariamente estar sendo produzida para utilização como prova em investigação criminal ou em instrução processual penal. Pense-se no exemplo de o juízo criminal, devidamente competente, ter autorizado a interceptação telefônica em determinado Processo Penal. Como se sabe, esse tipo de procedimento não caberia perante o juízo cível, mas no momento que a prova fora considerada lícita nos autos da ação penal, poderia se requerer a utilização de tal prova – a título de prova emprestada – em uma ação civil? É possível verificar na doutrina esse tipo de debate.

Wendel de Brito Teixeira²⁶⁶ ilustra a hipótese com o seguinte exemplo: uma interceptação telefônica autorizada judicialmente para comprovar o furto, por um ex-diretor de uma empresa, de determinado valor. A prova fora produzida com o preenchimento e observância de todos os requisitos necessários para tanto. A partir de tal casuística, imagine-se que a empresa deseja utilizar tal interceptação como prova emprestada na ação cível de indenização que está movendo em face do seu ex-diretor. O problema finca raízes no fato de a Constituição Federal e a Lei nº 9296/96 preverem apenas a possibilidade de interceptação em processo criminal.

Para o autor, apesar de a previsão constitucional e infraconstitucional autorizarem a interceptação telefônica somente no âmbito criminal, é possível a utilização da aludida prova perante o juízo cível, pois a Lei nº 9296/96 deve ser analisada à luz do direito fundamental à prova, e em decorrência de tal análise ela poderia ser admitida. A conclusão extraída pelo doutrinador se dá pelo fato de que “uma vez levantado o véu do sigilo telefônico, não haveria motivo para mantê-lo no processo cível”.²⁶⁷

Sem esgotar o tema, tampouco chegar a uma resposta conclusiva, Barbosa Moreira²⁶⁸ traz à baila argumentos a serem utilizados tanto em prol da possibilidade de utilizar a prova

feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.”

²⁶⁶ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova ilícita no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 183.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 183.

²⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 120.

emprestada da interceptação telefônica perante o juízo cível, como em prol da impossibilidade. Para o autor, “pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar o cofre já aberto”, mas também traz para o debate importante ideia que vai de encontro à primeira posição: “por outro lado, talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela [...]”. Ao que parece, esse último argumento de Barbosa Moreira mostra-se mais adequado do ponto de vista da Constituição Federal, embora não se concorde com essa diferenciação entre o Processo Penal e o Processo Civil na temática das interceptações telefônicas.

Atento a essa diferenciação absolutamente inadequada e desarrazoada acerca da diferença que se estabeleceu entre o penal e o civil, Barbosa Moreira afirma que não é possível que se repita as velhas e desmoralizadas trivialidades sobre o caráter mais grave dos efeitos da sentença penal em comparação com os efeitos da sentença civil, com base no superficial argumento de que o Processo Civil, via de regra, lida com o patrimônio. Quem defende esse posicionamento se esquece que no âmbito civil se trata com frequência de problemas concernentes a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre nos assuntos de família, e também que no Processo Penal pode estar em jogo somente o patrimônio, a exemplo de uma infração punível somente com multa.²⁶⁹

A expressão Processo Civil compreende muito mais que a atividade judicial relacionada com as relações privadas, além do que, dizer que o Processo Penal persegue a (fantasiosa) verdade real, ao passo que o Processo Civil se contenta com a denominada verdade formal, é algo que não merece maiores digressões, pois amplamente rechaçado em outro momento da pesquisa. “Melhor seria que a Constituição e a legislação ordinária não tivessem limitado as hipóteses de interceptação telefônica ao âmbito criminal, permitindo-a em quaisquer processos, dependendo apenas do cumprimento dos requisitos legais e constitucionais exigidos.”²⁷⁰

Outra espécie de prova que pode ser taxada de ilícita, dependendo da situação, concerne à quebra do sigilo bancário ou fiscal, que está vinculada ao direito à privacidade – conforme diferenciação já realizada anteriormente entre o direito à privacidade e o direito à intimidade –, e consiste basicamente “na obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de discrição, a respeito de negócios, presentes e passados, de pessoas com que lidaram, abrangendo dados

²⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 118.

²⁷⁰ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova ilícita no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 184.

sobre a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação”. Ademais, o direito ao sigilo bancário não é absoluto tampouco ilimitado. Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e os interesses da coletividade em torno do conhecimento das informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo, devendo se ter em mente que a quebra do sigilo bancário ou fiscal deve ser adotada somente em caráter excepcional.²⁷¹

Acerca da inviolabilidade do domicílio, igualmente a como ocorre com a quebra do sigilo bancário/fiscal, quando há sua ocorrência sem a devida ordem judicial, há uma afronta ao direito à privacidade. A Constituição protege o domicílio, dispondo, no seu artigo 5º, XI, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Nos dizeres de Dinorá Grotti²⁷², “a inviolabilidade do domicílio significa a proibição de intrusão material em uma habitação privada”. Nesse sentido, qualquer prova que tenha sido obtida mediante invasão de domicílio deverá ser considerada ilegal, ou melhor conceituando, ilícita, pois a prova nasce contaminada a partir desta violação ao plano do direito material.

O lugar fechado em que o sujeito exerce atividades pessoais está abrangido pelo conceito de domicílio, que poderá ser tanto a residência da pessoa - independentemente de ser própria ou alugada. É irrelevante discutir-se, por exemplo, se a moradia é fixa na terra ou não, haja vista que, um *motorhome* ou um barco podem tranquilamente ter a proteção pela inviolabilidade de domicílio. Igualmente, a norma constitucional abarca um aposento de habitação coletiva (quarto de hotel, *hostel*, albergue, pensão ou de motel). Nesse sentido, “não será domicílio a parte aberta às pessoas em geral de um bar ou de um restaurante”, além do que, “a provisoriedade da permanência no recinto não lhe subtrai a característica de casa”.²⁷³

A respeito da abrangência conceitual do espaço privado como “casa”, para fins de proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou inúmeras vezes, v.g.:

E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO

²⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 428-429.

²⁷² GROTTI, Dinorá Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 87.

²⁷³ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 432.

JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE 'CASA' PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE 'CASA' - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ('invito domino'), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do 'due process of law', que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do Direito Processual), não prevalecendo, em

consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’ [...]²⁷⁴

Percebe-se, assim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se em plena consonância com os ensinamentos doutrinários concernentes ao tema que estabelece o alcance da proteção constitucional em relação à inviolabilidade de domicílio, bem como a amplitude da noção conceitual a respeito de “casa” para fins de uma correta interpretação concernente às provas ilícitas. Desta forma, despidendo tecer maiores considerações acerca do julgado acima, tendo em vista que ele apenas repisa os argumentos trabalhados pela doutrina, e que inclusive já foram aventados na pesquisa, cabendo apenas salientar que a decisão mostra-se adequada do ponto de vista constitucional.

De outra banda, mas ainda a respeito das provas ilegais em espécie, a prova obtida sob qualquer violência física ou psicológica é tida como ilícita.²⁷⁵ O direito à integridade física passou a constar em um número expressivo de Constituições, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial e por força do seu reconhecimento na esfera do direito internacional dos direitos humanos. A Constituição pioneira a consagrar de forma expressa o direito, foi a Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, que assegura a qualquer pessoa o direito à vida e à integridade corporal, em seu artigo 2º. A Constituição da República Portuguesa, de 1976, igualmente dispõe que a integridade moral e física das pessoas é inviolável (art. 25, 1), o que também se verifica no artigo 15 da Constituição da Espanha, de 1978, que assegura a todos o direito à vida e à integridade física e moral, e proíbe de forma expressa a tortura e todo e qualquer tratamento desumano e degradante. Já no plano internacional, utiliza-se como exemplo o artigo V, da Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948, que embora não

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Recurso em habeas corpus n° 90.376/RJ*. Recorrente: Sérgio Augusto Coimbra Vial; Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 3 abr. 2007. Publicado no DJe em: 18 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2477221>>. Acesso em: 10 jul. 2017. No mesmo sentido cita-se outros julgados da Corte Constitucional sobre a matéria: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso extraordinário n° 603616/RO*. Recorrente: Paulo Roberto De Lima; Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 5 de novembro de 2015. Publicado no DJe em: 10 de maio de 2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma) *Habeas corpus n° 106566/SP*. Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outros; Paciente: Daniel Valente Dantas; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 16 de dezembro de 2014. Publicado no DJe em: 19 de março de 2015.

²⁷⁵ “La ilicitud del empleo de la violencia física, moral o psicológica para la obtención de la prueba, es universalmente reconocida. La confesión obtenida por medio del tormento, utilizado antiguamente como medio lícito, o por los modernos sistemas de tortura que emplean algunas policías, disfrazada de interrogatorio acompañado de brutalidades o de sistemas agotadores que terminan anulando las resistencias físicas y síquica de la persona hasta llevarla a inculparse como única manera de ponerle fin a su desesperada situación, es un ejemplo claro de prueba ilícita carente de todo valor; tales métodos deben considerarse implícitamente prohibidos cuando la ley no lo haga expresamente.” ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia, 1976. t. 1, p. 542.

contemple de maneira expressa um direito à integridade física e psíquica, estabelece que ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.²⁷⁶ Portanto, a prova obtida mediante o emprego de violência física não poderá, sob qualquer hipótese, ser admitida, diferentemente do que ocorre com alguns meios de prova tidos, *a priori*, como ilegais, mas que poderão ser admitidos, de maneira excepcional, mediante a observância de determinados critérios e para a proteção de determinados direitos, situações que serão devidamente trabalhadas em momento oportuno.

Como o intuito da pesquisa não é trabalhar todas as espécies de provas ilegais, até porque tal missão se mostraria impossível de se cumprir, tentou-se trazer para o trabalho aquelas provas que se revelam não como mais importantes, mas como mais problemáticas, diante do que se vê no cotidiano forense e do que é estudado pela doutrina.

4.2 Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Processo

O tema das provas ilícitas é, sem dúvida, um dos mais tormentosos e controvertidos na esfera processual, tanto a civil como a penal. Conforme já demonstrado, o direito fundamental à prova permite a utilização dos incontáveis meios probatórios disponíveis para que se possa atingir, ou ao menos se aproximar, da verdade. Já se verificou também, a relação teleológica existente entre prova e verdade, e as razões pelas quais se fundamenta esse direito à prova. Portanto, é possível afirmar que a regra é a admissibilidade das provas, ao passo que as exceções precisam ser devidamente justificadas por razões relevantes e com embasamento constitucional e/ou infraconstitucional.

Diante deste contexto, ascende a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica. A respeito desta situação, manifestam-se a tal respeito duas teses radicais diametralmente opostas. De acordo com a primeira delas, deve prevalecer sempre o interesse da justiça no descobrimento da verdade, de modo que a ilicitude na obtenção não subtrai à prova o valor que possui como elemento útil na formação do convencimento judicial; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda (chamada por parte da doutrina de teoria obstativa²⁷⁷), o Direito não pode prestigiar

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 370.

²⁷⁷ “A “teoria obstativa” - cuja denominação não é feliz, pois obstar é, fundamentalmente, criar embaraços, via de regra, a pretensões legítimas - considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso, não levando em conta a eventual relevância do direito controvertido. Os defensores desta teoria sustentam, como narra Francisco das Chagas Lima Filho, que “a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados”. Contudo, com acuidade, e uma certa

comportamento antijurídico, tampouco pode consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; desta forma, o órgão jurisdicional não reconhecerá eficácia à prova que tenha sido obtida de maneira ilegal – contrária ao Direito.²⁷⁸ Existe ainda, uma terceira teoria intermediária – que não se encontra nessa ideia de teorias radicais trabalhada por Barbosa Moreira -, que será trabalhada em momento posterior, pois o que importa para esse momento, é a análise acerca da segunda teoria, que inadmitte, de forma absoluta, a utilização das provas ilícitas.

Importante remontar o cenário de criação e a própria razão de ser da norma constitucional prevista no artigo 5º, LVI, que fora elaborada diante do grande temor da sociedade de possíveis recaídas autoritárias na democracia que estava recém emergindo. Toda a possibilidade de ilicitude probatória era rechaçada naquele momento histórico, pois a Constituição Federal foi criada logo após uma quebra de paradigma político, em que se extinguiu recente regime autoritário que por muito tempo assolou o país, “e sob o qual eram frequentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência”.²⁷⁹

Nivia Aparecida Azenha²⁸⁰ fundamenta a teoria acerca da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas a partir de alguns critérios. O primeiro deles concerne ao fato de que o Direito deve ser visto de forma unitária, universal, e não composto por áreas separadas, pois o ordenamento jurídico não é composto de departamentos estanques, sendo que eventual ilícito cometido acabaria por contaminar todo o Direito e não apenas parcela dele. Além disso, a autora faz um comparativo com o Processo Penal, afirmando que, com base no princípio da

ironia, já anotou Tesheiner: “[...] A doutrina dos 'frutos da árvore proibida' nega qualquer valor à prova obtida ilicitamente. Pode-se, assim, chegar ao extremo de manter no serviço público juiz ou funcionário corrupto, porque não autorizada a gravação de conversas autênticas, comprobatórias dos atos delituosos.” MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 145, p. 276-290, mar. 2007.

²⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 109.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 122. E complementa o autor: “A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do juiz de mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ela ficam sujeitas a veto literalmente categórico. [...] Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxamos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com força equivalente no sentido oposto.” *Ibid.*

²⁸⁰ AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 118-119.

moralidade dos atos praticados pelo Estado, a punição do criminoso não pode ser obtida mediante ofensas aos direitos da liberdade ou intimidade.

Nos dizeres de Avolio²⁸¹, “as provas ilícitas, porque consideradas inadmissíveis pela Constituição, não são por esta tomadas como provas. Trata-se de não-ato, não-prova, de um nada jurídico, que as remete à categoria da inexistência jurídica”. E prossegue o autor, ao afirmar que a consequência da inexistência jurídica consiste em que o ato, carecendo dos elementos que o caracterizam como ato processual, é ineficaz desde a sua origem, valendo transcrever que, “as provas ilícitas, portanto, devem ser consideradas como inexistentes e totalmente ineficazes, retroagindo a sua ineficácia ao momento do seu nascedouro”.

Duas questões exsurtem a partir de tal raciocínio: dizer que uma prova ilícita é considerada inadmissível é, antes de mais nada, afirmar que a prova não poderia sequer ter sido produzida nos autos, restando estabelecida uma proibição a todos os sujeitos do processo, questão que impede o desenvolvimento de atividade instrutória nos casos em que violada norma definidora de direito fundamental. De outra quadra, a questão apresenta-se ainda mais complexa quando se verifica que a prova ilícita já foi produzida nos autos, hipótese em que a inadmissibilidade da prova ilícita acaba por se revelar de maneira diversa, no caso, que a prova não pode influir na formação do convencimento judicial. “Em ambos os casos, tem-se comandos conformadores da dinâmica dialética processual, estabelecendo proibições ao juiz e direitos em favor das partes”.²⁸²

Poderia se dizer que a norma que proíbe a prova ilícita, por instituir um direito fundamental que não possui restrição expressamente autorizada, não estaria apta a sofrer qualquer limitação, não obstante, um direito fundamental não dotado de expressa previsão de restrição não indica uma posição definitiva acerca da sua limitabilidade. Esse problema está vinculado ao de resolução das colisões entre os princípios fundamentais e outros bens dignos de proteção. Diante deste problemático panorama, exsurte o postulado da proporcionalidade no caso concreto.²⁸³

Não se pode olvidar que quase todos os países que acolheram a proibição da prova ilícita foram obrigados a admitir exceções, afim de preservarem determinados bens e valores dignos de proteção. Com base na proporcionalidade, os tribunais americanos e alemães, por exemplo,

²⁸¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 43.

²⁸² REICHELTE, Luis Alberto. A inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva do direito ao processo justo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 228, p. 99-122, fev. 2014.

²⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, p. 321-322.

admitem exceções à proibição das provas ilícitas, quando necessários à realização de exigências superiores de natureza pública ou privada, argumentando que a proporcionalidade é essencial para a justiça no caso concreto.²⁸⁴ Esse tema deveras problemático que é o da proporcionalidade, será devidamente trabalhado em momento oportuno, mas desde logo mostra-se pertinente fazer uma menção à importância e à relevância do assunto para a pesquisa e para problemas que possam surgir com o seu desenvolvimento.

4.2.1 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e a Teoria da Exceção da Boa-Fé

Há algumas teorias trabalhadas pela doutrina, que tratam de refinar os estudos concernentes às provas ilícitas, como é o caso da doutrina desenvolvida nos Estados Unidos, denominada de a teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruit of the poisonous tree*), entendida no sentido de que as provas que derivam da ilícita igualmente devem ser consideradas ilícitas. A ideia parece de fácil compreensão, no entanto, o problema é saber quando uma prova efetivamente contamina a outra, tornando-a igualmente ilícita.

É possível que, por exemplo, através de determinada gravação clandestina de uma conversa telefônica ou da obtenção fraudulenta de um documento, surjam outras provas delas derivadas, como, por exemplo, um rol de testemunhas que, se fosse considerado isoladamente, não apresentaria nenhuma ilicitude e, portanto, poderiam servir para influir na decisão judicial. Não obstante, os defensores desta teoria consideram que estas provas derivadas de provas ilícitas estão contaminadas desde o seu nascimento pela ilicitude originária pois, não fosse a primeira prova obtida de modo contrário ao direito, a prova derivada não teria sido encontrada.²⁸⁵

Marinoni e Arenhart²⁸⁶ esclarecem que a ilicitude da prova não contamina o fato a ser esclarecido, tendo possível vinculação apenas com outras provas. No entanto, uma prova ilícita não serve para contaminar o acervo probatório produzido em sua totalidade, “pois nada impede que um fato seja provado através de provas lícitas que nada tenham a ver com a prova ilícita”.²⁸⁷ É possível encontrar na doutrina alguns outros exemplos que se encaixam na teoria dos frutos

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, p. 321-322.

²⁸⁵ CARVALHO, Marcia Cunha Silva Araujo de. Prova ilícita. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 801, p. 953-978, jul. 2002.

²⁸⁶ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 2, p. 100-101.

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 308.

da árvore envenenada, como é o caso de um documento encontrado após invasão de domicílio ou uma interceptação telefônica autorizada pelo juiz com base em um documento falso. Nesses casos, o que se defende é que o vício da planta se transmite para todos os seus frutos, ou em outras palavras “*la ineficacia procesal de la prueba inconstitucionalmente obtenida arrastra también a las pruebas logradas a partir de ella*”.²⁸⁸

Embora a previsão legal acerca da teoria dos frutos da árvore envenenada se encontre presente apenas no Processo Penal, é necessário reconhecer que a temática das provas ilícitas, como um todo, possui fundamento constitucional, ou seja, não há razão para que haja um tratamento diverso entre as provas derivadas no Processo Penal e no Processo Civil. O artigo 157 do Código de Processo Penal preceitua que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Já o § 1º do referido dispositivo, faz menção específica à teoria aqui estudada, quando afirma que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Nesse sentido, as regras do Processo Penal devem incidir também no Processo Civil, tendo em vista que, caso a prova seja derivada, direta ou indiretamente, de determinada prova ilícita, terá sido contaminada de igual forma, ou seja, será igualmente ilícita, não podendo produzir efeitos. Destarte, devem ser consideradas ineficazes no processo não apenas as provas obtidas ilicitamente, mas também aquelas provas que se baseiam, derivam ou tiveram sua origem em informações ou dados conseguidos pela prova ilícita.²⁸⁹

Sobre o tema da ilicitude da prova por derivação, diversos são os julgados do Supremo Tribunal Federal no sentido da plena aplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada, v.g.:

E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE ‘CASA’ - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA

²⁸⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: JMB, 1997. p. 147.

²⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 269.

CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - 'HABEAS CORPUS' DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. - Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. - A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, 'respeitados os direitos individuais e nos termos da lei' (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, 'embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita' (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ('invito domino'), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do 'privilège du préalable', não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE

QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilícitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘due process of law’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A ‘Exclusionary Rule’ consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do Direito Processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’. Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (‘FRUITS OF THE POISONOUS TREE’): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do ‘due process of law’ e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilícitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que

desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária [...].²⁹⁰

A ementa supra transcrita guarda relevante vinculação com o tema objeto do estudo, porquanto não aborda apenas a teoria dos frutos da árvore envenenada, mas também outros conceitos que foram devidamente trabalhados ao longo do percurso trilhado na pesquisa, a exemplo (i) da proteção outorgada pela Carta Magna acerca da inviolabilidade domiciliar (Art. 5º, XI, CF), (ii) da amplitude do conceito de “casa” para efeito de proteção constitucional, (iii) da limitação dos poderes do Estado diante de direitos e garantias individuais intransponíveis, cuja inobservância pode redundar em ilícito constitucional e conseqüente contaminação do material probatório e (iv) da absoluta prevalência da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar em detrimento da atividade fiscalizatória exercida pelo Poder Público.

No tocante ao assunto que importa para o momento, que é a prova ilícita por derivação, importante destacar que o acórdão trazido à baila parece ter recebido julgamento de acordo com os preceitos insculpidos na Constituição Federal, pois o alcance do artigo 5º, LVI, desautoriza o valor probante de determinados dados, sempre que a obtenção redundar em transgressão, pelo Poder Público, de garantias individuais resguardadas pela Carta Política, ainda que se cuide, como ocorre no exemplo em tela, de configuração de ilicitude por derivação.

Embora a documentação coligida aos autos não apresente nenhuma mácula aparente, se percebe que essa prova documental se originou de um ato ilícito no plano do direito material, que ao desrespeitar a proteção constitucional outorgada à inviolabilidade domiciliar, acabou por contaminar a prova que dela derivou, tornando-a igualmente imprestável para o

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas corpus nº 93.050/RJ*. Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates; Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 10 de junho de 2008. Publicado no DJe em: 01 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=93050&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

ordenamento jurídico. Frisa-se que pouco importa se a violação foi cometida por agentes públicos – a exemplo do caso concreto – ou por particulares, bem como é irrelevante investigar o momento em que a ilicitude se concretizou – no curso do processo ou antes mesmo de sua existência -, sendo certo apenas, que se constatada violação à determinada norma constitucional, a prova é imprestável aos fins que se destina, não podendo o princípio da proporcionalidade ser utilizado como forma de correção do Direito, tampouco como instrumento para arbitrariedades e discricionariedade judicial.

De outra quadra, nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras provas constantes do processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude, “daí falar-se em existência de provas autônomas (*independem source*) e em descobertas inevitáveis (*inevitable discovery*) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita”.²⁹¹ A referida ideia possui alicerce legislativo no § 02º do já referido artigo 157 do Código de Processo Penal, que prevê que “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Portanto, se a prova derivada poderia ter sido produzida independentemente da obtenção da prova ilícita, não há qualquer razão para se negar eficácia àquela. Sendo oriunda de uma fonte autônoma de prova, poderá ela ser utilizada no processo para a corroboração das hipóteses fáticas e formação do convencimento judicial, ainda que concretamente derivada de prova ilícita, vale dizer: se o descobrimento da prova derivada era inevitável ou se o seu descobrimento era provavelmente independente da prova considerada ilícita, não há razão para se negar eficácia a essa prova derivada, que passa a se desvincular da prova ilícita.²⁹²

Como intuitivo, para atribuir eficácia à prova derivada, o juiz deve fundamentar de maneira racional sua decisão, expressando as circunstâncias e as regras de experiência que indicam que aquilo que foi alcançado através da prova derivada seria naturalmente obtido por

²⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 688-689.

²⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 660. No mesmo sentido esclarecem os autores: “Se o descobrimento da prova era inevitável, não há razão para reputá-la ineficaz. Isso porque a descoberta propiciada pela prova ilícita ocorreria mais cedo ou mais tarde. A lógica do salvamento da segunda prova está em que não há motivo para retirar eficácia de uma prova que trouxe uma evidência que muito provavelmente seria obtida. Nesse caso, quebra-se a relação de antijuridicidade entre as provas. Se o descobrimento da prova era provavelmente independente da prova ilícita, então não há porque entendê-la como derivada da primeira, devendo ser tratada como uma prova provavelmente independente e, assim, sem qualquer nexos com a prova ilícita. Rompe-se assim o nexos causal entre as provas. O art. 157, §§ 1.º e 2.º, do CPP, com nítido caráter geral, confirma semelhante orientação”. *Ibid.*, p. 660.

meio de uma prova lícita.²⁹³ Marinoni e Arenhart²⁹⁴ explicam que o surgimento da exceção da descoberta inevitável (*inevitable Discovery exception*) surgiu no âmbito do Processo Penal, em um julgamento realizado pela Suprema Corte Americana, no caso denominado *Nix versus Williams*.

Os autores ainda evidenciam, a diferença entre as exceções da descoberta inevitável e da descoberta provavelmente independente, afirmando que nesta última, a segunda prova não é admitida como derivada, mas como uma prova provavelmente independente, e, assim, despida de nexos causal com a prova ilícita. Em outras palavras, na teoria da descoberta inevitável é quebrada a relação de antijuridicidade – parte-se, portanto, do pressuposto que há um nexo entre a árvore e o fruto -, admitindo-se que a prova derivada produza efeitos, ao passo que, na teoria da descoberta provavelmente independente, “nega-se a própria relação causal, de modo que, nessa situação, não há propriamente exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, pois a segunda prova é tida como um fruto que a ela não se liga”.²⁹⁵ Portanto, o que se extrai desse último exemplo, é que a dúvida recai sobre a natureza da segunda prova, se independente ou não, isto é, se despida ou não de relação causal com a prova ilícita.

Muito debatida no âmbito do Processo Penal, a teoria da exceção da boa-fé (*good-faith exception*) dá conta de uma construção surgida no Direito norte-americano, a partir do julgamento da Suprema Corte no caso *United States vs. Leon*.²⁹⁶ Essa exceção da boa-fé até hoje não

²⁹³ ARBEX, Fabricio Cobra. Breve análise sobre a busca e apreensão na lei 8.884/1994, a interpretação conforme a constituição federal e o princípio da proibição da prova ilícita. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 19, p. 45-65, jan./jun. 2011.

²⁹⁴ “Isso pode ocorrer particularmente no âmbito do processo penal. A Suprema Corte Americana, ao que parece, apontou pela primeira vez para essa questão em 1984, quando do julgamento do caso *Nix versus Williams*. Nesse caso, a polícia obteve uma confissão mediante violação dos direitos fundamentais, através da qual foi relatado o local em que estava o cadáver da vítima. Acontece que a polícia já presumia que o cadáver poderia estar nesse local, tanto é que aí trabalhavam vários policiais e voluntários. Como o corpo seria encontrado mais cedo ou mais tarde - fosse através da atuação dos próprios policiais, fosse em virtude da colaboração de algum voluntário -, entendeu a Suprema Corte que a prova derivada deveria produzir efeitos processuais, uma vez que o cadáver seria naturalmente descoberto independentemente da ilicitude”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 310.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 310-311.

²⁹⁶ “A Suprema Corte dos EUA admitiu a exceção da boa-fé, pela primeira vez, no ano de 1984, no caso *United States v. Leon*, afastando a aplicação das regras de exclusão da prova. Leon foi preso com base no depoimento de um informante da polícia que declarou que o investigado era um grande traficante de drogas. A polícia obteve um mandado judicial de busca e apreensão, ingressou na residência do investigado e encontrou grande quantidade de droga. Posteriormente, a defesa alegou, no tribunal, que no momento da busca, não havia *probable cause* para a expedição do mandado de busca e apreensão, o que foi admitido pelo juiz. Diante de tal decisão, requereu-se a exclusão da prova consistente na droga apreendida. A Suprema Corte dos EUA considerou, contudo, que a aplicação da *exclusionary rule* somente tem lugar quando a violação da 4.ª Emenda, que protege o cidadão de buscas arbitrárias, ocorre de forma deliberada, o que não era o caso, pois quando a polícia realizou a busca, confiava na legalidade do mandado. Acrescentou, ainda, que a finalidade das regras de exclusão probatória é impedir o mau comportamento policial, mas não o comportamento do policial que age de acordo com um senso comum de razoabilidade. O posicionamento por trás de tal teoria é que a finalidade das *exclusionary rules* não é proteger cidadãos, para que seus direitos individuais não sejam violados, mas

encontrou regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, embora se encontre muitos entusiastas da teoria, que em sua essência, serve para admitir a utilização da prova ilícita se o agente a tiver obtido de boa-fé ou por erro escusável.

Deve-se esclarecer que, no âmbito do Processo Civil brasileiro, o desconhecimento acerca da ilicitude da prova não é idôneo a gerar a sua admissibilidade, além do que, deve ser considerado o caráter vago e subjetivo advindo do tema, situação que, sem sombra de dúvidas, poderá acarretar abusos e ilegalidades, tanto por parte do agente que tiver coletado a prova, como por parte dos órgãos jurisdicionais, que terão em suas mãos amplos poderes discricionários, podendo decidir ao seu bel-prazer em quais casos deverá ou não ser considerada de boa-fé a prova coletada.²⁹⁷

A referida temática encontra-se vividamente presente nos debates jurídicos travados no Brasil, principalmente após o juiz Sérgio Moro, em audiência realizada na Câmara dos Deputados, ter se manifestado acerca das 10 (dez) medidas de combate à corrupção do Ministério Público Federal, afirmando ser favorável à admissão da prova ilícita quando há boa-fé do policial que procedeu na colheita da prova. Mas como é possível que algo ilícito seja obtido de boa-fé, se a Constituição Federal é taxativa no sentido de que são vedadas provas ilícitas? Esse é o ‘x’ da questão.

Ao fim e ao cabo, quem defende tal postura está tratando o processo de forma utilitarista, admitindo que os fins podem justificar os meios. O ponto nevrálgico de tal discussão é saber: como conciliar a obtenção de uma prova ilícita, proibida, que a civilização contemporânea abomina, com uma pretensa boa-fé? “Vou fazer uma escuta clandestina, mas... é de boa-fé. Ah, bom. Então está bem. Vou dar um “aperto” no acusado, mas, sem problemas, porque, se for de boa-fé, tudo fica bem.”²⁹⁸

André Luís Callegari²⁹⁹ ressalta que se algo ilícito puder ser obtido de boa-fé, o Direito deverá ser reinventado. “Há uma bandeira levantada contra a corrupção que deve ser levada em frente, porém, em nome dela não se pode suprimir direitos e garantias fundamentais que

dissuadir os agentes policiais de cometerem violações a tais direitos”. BADARÓ, Gustavo. As propostas de alteração do regime das provas ilícitas no processo penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 277, dez. 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5676-As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicita-s-no-processo-penal>. Acesso em: 24 jun. 2017.

²⁹⁷ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 273.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Prova ilícita validada por boa-fé: lá se vai a criança com a água suja. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 08 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-08/prova-ilicita-validada-boa-fe-la-bebe-agua-suja>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

²⁹⁹ CALLEGARI, André Luís. Não é possível algo ilícito ser obtido de boa-fé. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 20 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-20/andre-callegari-nao-possivel-algo-ilicito-obtido-boa-fe>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

lutamos para conquistar”. As mudanças são necessárias, e sem dúvidas é importante que a sociedade esteja atenta e cobre das autoridades investidas uma postura combativa, no entanto, tudo isso deve ser feito com respeito à Constituição Federal que deve sempre nortear o ordenamento jurídico.

Portanto, não se pode admitir tamanha incongruência jurídica, porquanto boa-fé e prova ilícita são coisas que não podem coexistir em uma mesma situação. Segundo Lenio Streck³⁰⁰, “triste é o país que, sob pretexto de combater o crime, assume que pode violar garantias. A proposta atira fora o bebê junto com a água suja. Pior: o que é isto, a “boa fé” ligada a uma ilicitude? Não estaríamos diante de uma contradição performativa ou de um paradoxo?” Ilicitude mais boa-fé é uma adição que jamais poderá resultar em licitude. É uma conta que não fecha. O Direito, por conquista civilizatória, não pode admitir comportamentos antijurídicos e tampouco consentir que dessa ilegalidade o Estado tire proveito em detrimento do cidadão. “Ilegal será o órgão Judiciário que venha a admitir o uso de prova colhida de forma antijurídica.”

Diante das ideias ventiladas, parece correto afirmar que, além dessa teoria ser imprestável ao fim que se destina, sua própria nomenclatura já se mostra inadequada, pois chamar de exceção uma teoria que se revela inconstitucional, vai de encontro à própria semântica da palavra “exceção”³⁰¹, dando a entender que, excepcionalmente, uma prova ilícita poderia ser aceita quando fosse colhida de boa-fé, situação totalmente contrária aos mais basilares princípios do Direito e da própria teoria constitucional.

4.3 Admissibilidade da Prova Ilícita no Processo e seus Problemas Correlatos

A admissão da prova ilícita no processo, surgiu inicialmente de um condicionamento ao “princípio” do livre convencimento motivado e da busca pela verdade real, fazendo com que, no balanceamento de determinados interesses, houvesse uma tendência a abriga-la com vistas à investigação da verdade. Atrelada a esse alicerce, que admite a utilização das provas ilícitas, tem-se também a ideia de que, diante de interesses contrapostos, deve sempre prevalecer o interesse da coletividade, admitindo-se, para tanto, uma formalidade antijurídica

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. Prova ilícita validada por boa-fé: lá se vai a criança com a água suja. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 08 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-08/prova-ilicita-validada-boa-fe-la-bebe-agua-suja>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

³⁰¹ Significado de exceção conforme o dicionário do Aurélio: “1- Ato de excetuar, 2 – Desvio da regra geral, 3 – Coisa ou pessoa excetuada, 4 – Restrição, 5 – Privilégio, prerrogativa, [...]”. EXCEÇÃO. In: DICIONÁRIO Aurélio de português online. [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/excecao>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

no procedimento, como o de uma busca feita pela polícia sem uma prévia e competente ordem judicial.³⁰²

Além disso, a ideia de que a prova ilícita pode ser utilizada no processo sem qualquer ressalva, busca fundamento também no direito fundamental à prova e na já mencionada busca da verdade, que, em tese, devem sobrepor-se em relação a outros interesses, inclusive à segurança jurídica. A peculiaridade existente nessa teoria, finca raízes no fato de que a pessoa responde civil, penal ou administrativamente pela ilicitude cometida na proposição, admissão e na produção da prova ilícita. Nesta teoria, o infrator seria apenado, mas a prova seria considerada como se lícita fosse, porquanto a transgressão não afetaria o conteúdo, que seria considerado lícito.³⁰³

Alcides de Mendonça Lima³⁰⁴ defende, de forma veemente, a ideia da admissibilidade absoluta da prova ilícita no processo, afirmando que o juiz não pode abstrair-se de conhecer do fato e julgar conforme a influência da prova, apenas porque sua obtenção foi considerada imoral, por transgredir certos postulados ou certas normas que amparam os indivíduos. Nesse sentido, defende o autor que, se a parte dispuser apenas daquela prova, sem possibilidade de outra, a respeito de determinado fato que, pela própria natureza, não enseja outro meio (a exemplo de casos envolvendo corrupção, adultério e chantagem, que são situações que se concretizam, como regra, com grande sigilo e recato), a inadmissibilidade por parte do juiz poderá ensejar a prolação de uma decisão injusta e imoral, o que seria a negação do ideal de justiça.

Seguindo no exemplo do adultério, não se discorda que a prova para esse tipo de caso é muito difícil de ser produzida, exatamente pelo fato de que o cônjuge adúltero cerca-se de muitas precauções para manter sua conduta oculta. Nesse sentido, Sônia Rabello entende que “o juiz pode fazer prevalecer os direitos do casamento sobre aqueles das confidências epistolares; a questão da conservação ou ruptura de uma família é de uma tal importância social que supera o direito ao segredo da correspondência.”³⁰⁵

Indo ao encontro do posicionamento adotado por Sônia Rabello, Yussef Cahali também defende que a manutenção ou a ruptura da sociedade conjugal é de tamanha importância social, que se sobrepõe, por exemplo, ao segredo da correspondência particular, devendo ser

³⁰² AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 104.

³⁰³ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova ilícita no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 147-148.

³⁰⁴ LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícito no código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, p. 138-141, jul./set. 1986.

³⁰⁵ DOXSEY, Sônia Rabello. Resguardo à intimidade, prova do adultério e a nova Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 57, p. 102-108, jan./mar. 1990.

admissível o recurso a todo o gênero de provas do adultério no juízo cível, sendo irrelevante se a carta foi obtida por meios ilícitos ou desleais, pois é função dos juízes decidir com base no acervo probatório que lhes for apresentado, dando valor ao conteúdo da prova e não ao modo como ela foi obtida, ainda que violado algum direito registrado em lei. Desta forma, se as provas coligidas aos autos foram hábeis para dar certeza e condições de convicção ao julgador, não importará para o processo que a correspondência tenha sido interceptada ilicitamente, pois um direito não pode servir para encobrir uma injustiça cometida.³⁰⁶

Nesse sentido, “o meio de prova somente não pode ter eficácia ou validade se atesta algo que não existiu, mas que aparenta que existiu pelos ardis, deturpações, alterações do original, como falsificar assinatura e letra, intercalar trechos, alterar texto”, pois nesses casos sim, a atividade imoral ou ilícita estariam modificando a verdade acerca das alegações de fato, que chegou até o juiz de forma contaminada ou, até transformada integralmente. Nessas hipóteses, não estaria se tratando do meio atingido, mas sim do conteúdo, quanto à imprestabilidade de sentido moral.³⁰⁷

Fernando Pedroso³⁰⁸ discorda, de forma expressa, do comando constitucional, afirmando que, se a prova for obtida por meio ilícito, e se ela trazer a verdade real, merece ser aceita quanto ao seu conteúdo, aplicando-se, todavia, contra aqueles que a obtiveram, as sanções aplicáveis pela violação dos direitos. Assim, para o autor o ilícito material não poderia ser confundido com o teor da prova, que eventualmente revele, pois este, em seu substrato ou essência não seria ilícito, exatamente por ter conseguido revelar uma verdade até então oculta.

Não são poucos os autores que até os dias de hoje defendem a existência da verdade real, sem, contudo, se darem conta que a sua utilização ocorre sempre de forma teleológica, ou seja, em nome desse “princípio”, muitas vezes os juízes proferem decisões contrárias ao Direito de forma totalmente arbitrária, sem que haja qualquer problema, afinal, “estão em busca da verdade real”, e tal busca, por si só, teria condições de relativizar normas constitucionais, como é o caso da vedação das provas ilícitas.

³⁰⁶ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. t. 1, p.720-738. E prossegue o autor com seu raciocínio: "Quanto a nós, e inexistente regra específica em nosso Direito, acompanhamos a lição de Washington de Barros Monteiro, no sentido de que tal modalidade de prova será sempre admissível, sendo irrelevante qualquer distinção quanto a se saber se a carta foi obtida por meios ilícitos ou desleais, ou se foi interceptada por mera causalidade pelo cônjuge inocente." *Ibid.*, p. 720-738.

³⁰⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícito no código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, p. 138-141, jul./set. 1986.

³⁰⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 385-390.

Gustavo Gonçalves Gomes³⁰⁹ leciona que, uma postura ativa dos juízes na busca pela prova se mostra “mais moderna e, quiçá, mais adequada à realidade brasileira, e conta com a atuação mais participativa dos magistrados na condução da fase instrutória, especialmente nas iniciativas voltadas para a busca da verdade real [...]”.³¹⁰ E esse cenário não é diferente no Processo Penal, que para alguns, também “nor-teia-se pela busca da verdade real, alicerçando-se em regras como a do artigo 156, 2.º parte, do CPP, que retira o Juiz da posição de expectador inerte da produção da prova para conferir-lhe o ônus de determinar diligências *ex officio*.”

Se percebe, portanto, que diversos são os autores que entendem ser sempre admissível a utilização da prova ilícita para a busca da verdade real, e tais lições são fundamentadas no sentido de que, acima de uma violação a preceito fundamental, o Direito, e o próprio órgão jurisdicional, não poderiam abrir mão de uma decisão justa, ainda que baseada em provas ilegais, pois “o que importa para o juiz é fazer justiça, conforme sua convicção na apreciação da matéria de fato (fundada em prova) ou no acolhimento das questões de direito em debate.”³¹¹

A posição adotada pelos autores supra citados, não pode ser defendida no contexto de um Estado Democrático de Direito, e isso pode ser constatado em diversos pontos que já foram exaustivamente trabalhados. Livre convencimento motivado e a “lenda” da verdade real, são conceitos que devem ser expurgados do ordenamento jurídico, por serem contrários à própria evolução da democracia. Não se pode admitir, conforme pretende Alcides de Mendonça Lima³¹², que “o que importa para o juiz é fazer justiça conforme sua convicção”, pois o juiz não é um justiceiro, tampouco o seu poder decisório pode ter a pretensão de correção do Direito. O juiz tem o dever institucional de mostrar para a sociedade o que o Direito tem a dizer sobre o caso concreto, e não o que o magistrado tem a dizer, com base na sua vivência ou nos seus valores.

Os argumentos decisórios não podem ser utilizados de forma finalística, de modo a fundamentar uma opinião pessoal do julgador. Além disso, o cidadão tem o direito de ter sua causa julgada a partir da Constituição Federal e, de igual forma, tem o direito de exigir condições para analisar se a resposta está ou não constitucionalmente adequada. Trata-se, portanto, de um princípio que possui relação de estrita dependência com o dever fundamental

³⁰⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 55.

³¹⁰ GOMES, Gustavo Gonçalves. Deveres e poderes instrutórios do juiz no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 5, p. 394.

³¹¹ LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícito no código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, p. 138-141, jul./set. 1986.

³¹² *Ibid.*, p. 138-141.

de justificar as decisões. A obrigação de fundamentar visa a preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios, bem como substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas.”³¹³ Tais afirmações são de fundamental importância para que se perceba que, não importa se o juiz entende que sua decisão será injusta por não admitir uma prova ilícita no processo, pois valores morais não tem o poder de corrigir o Direito.

E voltando à questão, que parece ser o ponto nevrálgico para aqueles que defendem uma admissibilidade absoluta das provas ilícitas no processo, frisa-se que, na maioria das vezes, quem invoca o livre convencimento procura fazê-lo em nome da verdade real e, nesse caso, esbarra-se em um verdadeiro paradoxo: se a verdade real remete a uma realidade verdadeira – que se apresenta objetivamente –, como é possível se convencer livremente de algo que emana uma essência real? E mais, “se essa verdade é real, objetivamente posta, ela não é uma criação livre do convencimento do julgador. Ao contrário, ela é um dado objetivo ao qual o intelecto tem, necessariamente, que se submeter. Não há liberdade aqui!”³¹⁴

Dworkin³¹⁵ igualmente criticaria uma decisão que, ao arrepio da lei e da Constituição, admitisse uma prova ilícita com base em convicções pessoais, pois o Direito como integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas, tanto a integridade na legislação como a integridade na deliberação judicial. Portanto, a motivação – ao contrário do que muitos pensam – não é um detalhamento do chamado *iter* lógico-psicológico que o juiz percorreu para chegar à formulação final de sua decisão, “não importando a dinâmica das sinapses ocorridas nos neurônios do juiz, e nem mesmo importam seus humores, sentimentos, e tudo mais que tenha ocorrido *in interiore homine*.”³¹⁶ O que

³¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 587-588.

³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. Como exorcizar os fantasmas do livre convencimento e da verdade real. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 24 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-24/diario-classe-exorcizar-fantasmas-livre-convencimento-verdade-real>>. Acesso em: 3 jul. 2017. Concluindo a ideia, finalizam os autores: “Numa palavra final, o que mais nos impressiona não é apenas o “ressuscitamento” desses fantasmas provenientes de dois paradigmas filosóficos (estamos sendo generosos, porque pouca gente sabe o que está por trás disso) antitéticos. Impressiona é a mistura dos dois, como já vimos muitas vezes alguém dizer: “Com minha livre apreciação, busco encontrar a verdade real”. Ups. Assim não dá. Ora, pelo menos que cada um fique no seu quadrado. Quem é adepto da verdade real deve ficar fiel a ela. Mas isso tem um custo, porque implica abrir mão do livre convencimento. Ou da livre apreciação da prova, o que dá no mesmo. Ou seja, quem é do PLC (Partido do Livre Convencimento) não pode votar no PVR (Partido da Verdade Real). São programas de governo absolutamente discrepantes. E não dá para fazer “presidencialismo epistêmico de coalizão”, mesmo que façamos emendas hermenêuticas.”

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 261.

³¹⁶ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 271.

realmente importa é o resultado de tudo isso, ou seja, um texto que narra os fatos da causa, ou em outras palavras, “a versão dos fatos que o juiz considera correspondente à realidade dos eventos narrados, explicando as razões pelas quais considera tais fatos verdadeiros”³¹⁷

4.3.1 Admissibilidade da Prova Ilícita à Luz do Princípio da Proporcionalidade

Já foi possível verificar ao longo da pesquisa, que a temática das provas ilícitas se apresenta de forma muito problemática, pois além de guardar em sua essência questões de difícil resolução, faz com que coexistam opiniões doutrinárias e jurisprudenciais totalmente antagônicas. Há autores que defendem, veementemente, que uma prova ilícita jamais poderia ser utilizada no processo, pois se o texto constitucional assim determina, não haveria margem para o intérprete realizar uma leitura diversa desta norma fundamental. De outra quadra, uma parcela da doutrina entende que a busca pela verdade seria hierarquicamente mais importante que a preservação de certos direitos individuais e, por isso, se essa prova ilícita fosse apta a encontrar a verdade real, ela poderia ser utilizada para formar a convicção do juiz, sem prejuízo de eventuais sanções a serem impostas àqueles que violaram direitos de outrem.

Contudo, sabendo-se que o Direito não é algo estático, tampouco que ele possui uma resposta prévia e adequada para todas as situações que surgirem, parece que a adoção de uma dessas posturas radicais poderia, em determinados casos, fechar as portas para questões que, inegavelmente, fossem merecedoras de tutela. Desta forma, estando devidamente estabelecida a diferença substancial existente entre a ilicitude da prova no plano do direito material e no plano do Direito Processual, o principal problema da pesquisa relaciona-se exatamente com a possibilidade (ou impossibilidade) de que, excepcionalmente, uma prova seja produzida quando há violação de direitos para sua obtenção.

Ao reconhecer toda a controvérsia que paira sobre o tema, Nelson Nery Júnior³¹⁸ afirma que não devem ser aceitos os posicionamentos extremistas sobre a matéria. Nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova ilícita, a exemplo daquela obtida sem

³¹⁷ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 271.

³¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 260. No mesmo sentido: “A teoria hoje predominante da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem admitido a prova ilícita, baseando no equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.” GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 115.

o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples, por exemplo, de eventual gravação fonográfica ou televisiva. A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, desta forma, sobre as teorias radicais.

Barbosa Moreira³¹⁹ afirma que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos, porquanto sua significação é essencialmente instrumental e servem à consecução dos fins do processo e à boa administração da justiça. Ocorre que, frequentemente, dois ou mais princípios estão ordenados a proteger valores igualmente importantes para o direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição. É diante deste contexto que a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica deve ser devidamente estudada.

A complexidade subjacente do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. O mais sensato, diante de uma questão que se apresentem dois princípios dignos de tutela, seria avaliar a situação em seus diversos aspectos, cotejando a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado, entre outras circunstâncias que se apresentem. A partir da conjugação de todos esses fatores, deverá o juiz decidir, de forma criteriosa e devidamente fundamentada, qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que grau. Esta decisão emerge do princípio da proporcionalidade, que vem exemplificado por Barbosa Moreira³²⁰ da seguinte forma: “como se procederá, se um acusado consegue demonstrar de maneira cabal sua inocência, com apoio em prova que se descobre ter sido ilicitamente obtida? Algum juiz se animará a perpetrar injustiça por mero temor de fundar a sentença na prova ilícita?”³²¹

Humberto Ávila³²², ao conceituar a proporcionalidade – não como um princípio, mas sim como um postulado – afirma que ela se aplica apenas a situações em que há uma relação

³¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 108-109.

³²⁰ *Ibid.*, p. 110. Complementando a questão, leciona o autor: “Há que se verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se terá escolhido realmente o menor”.

³²¹ *Ibid.*, p. 110. Complementando a questão, leciona o autor: “Há que se verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se terá escolhido realmente o menor”. *Ibid.*, p. 110.

³²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 173-174.

de causalidade entre dois elementos discerníveis, um meio e um fim, de modo que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo de direitos?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

O princípio da proporcionalidade atua como um limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, implicando, conforme o método praticado pelo Tribunal Constitucional alemão, e posteriormente recepcionada em grande parte das cortes constitucionais, uma estrutura de controle em três níveis, conforme visto acima, cabendo aqui acrescentar que, no terceiro nível (o da proporcionalidade em sentido estrito), é onde se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, “a verificação se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado.”³²³

É exatamente nesse terceiro nível que reside a técnica da ponderação, que estaria apta para resolver problemas concernentes à colisão entre princípios. Nesse sentido, Teresa Armenta Deu³²⁴ afirma que a teoria da ponderação é de aplicação majoritária na atualidade, e deve atuar quando interesses colidentes se materializam, tendo em conta a gravidade do fato e o peso da infração processual.

Para a autora, essa ponderação corresponderá ao juiz que deverá decidir se pode sanar a infração processual ou deve entender que existe uma proibição de utilização. Elementos para esse julgamento poderiam ser a existência de uma infração legal de especial gravidade, do ponto de vista dos direitos humanos ou se a infração se manifesta como um atuar calculado ou consciente das disposições processuais. Portanto, é necessário que essa disposição processual infringida demande expressa proibição de utilização, o que supõe de início a existência de uma norma que proíba a produção probatória, da qual cabe inferir um fim de proteção.³²⁵

Especificamente no que tange à ponderação, é que se apresentam os maiores problemas práticos. Lenio Streck³²⁶, possivelmente o maior crítico no Brasil sobre o tema, tece

³²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 212-213.

³²⁴ DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 57.

³²⁵ *Ibid.*, p. 57.

³²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4.ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011. p. 49-50.

considerações valiosas sobre o uso descriterioso da ponderação, cunhada por Robert Alexy, nos tribunais do Brasil. Para o autor, um dos problemas sobre uma equivocada aplicação da ponderação, reside no fato de que, é impossível que se resolva diretamente o caso a partir dessa técnica, porquanto a ponderação, nos termos propalados por Alexy, “não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um””. Nesse sentido, a tese sobre a ponderação não envolve essa escolha direta.

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Nesse sentido, Alexy³²⁷ afirma que, para que se possa chegar a uma decisão adequada, é necessário um sopesamento (ou ponderação) nos termos da lei da colisão, que ocorrerá quando duas normas, se isoladamente aplicadas, levarão a resultados contraditórios entre si. Nesses casos, nenhuma das normas pode ser considerada inválida e nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra, e por isso, para que se possa chegar a uma resposta racional, o autor explica de forma pormenorizada as etapas que devem ser trilhadas para que, devidamente realizada a ponderação entre princípios, ascenderá uma norma de direito fundamental atribuída, que será aplicada como uma regra ao caso concreto mediante subsunção.

Como o objetivo da pesquisa não é um aprofundamento teórico e empírico sobre a técnica da ponderação em relação à colisão de princípios, as fórmulas utilizadas por Alexy para explicar as etapas detalhadas do sopesamento não serão aqui reproduzidas, para que não haja uma fuga do objetivo proposto. Contudo, ainda que não se busque o esgotamento do tema, é importante pontuar aquelas questões que são indicadas por parte da doutrina como sendo o tendão de aquiles da ponderação, questões essas que são reconhecidas por Alexy³²⁸, que busca blindar suas ideias através de argumentos contundentes.

Afirma o autor que contra a ideia do sopesamento levanta-se a objeção de que ela não se trata de um modelo aberto a um controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, motivo pelo qual o sopesamento ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. “Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes.” E prossegue o autor, afirmando que essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento

³²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 94-117.

³²⁸ *Ibid.*, p. 163-164.

não é um procedimento que conduza a um resultado único e inequívoco. A um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado.³²⁹

Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente, ao passo que, no modelo fundamentado, há uma distinção entre o processo psíquico, que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa distinção é de fundamental importância para se concluir que um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência ao qual ele conduz pode ser fundamentado de forma racional. Destarte, o problema da racionalidade conduz à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre princípios colidentes.³³⁰

No plano da hermenêutica jurídica, Gadamer³³¹ afirma que a busca por uma sentença justa não se trata de mera subsunção do caso particular no caso geral (as cláusulas da lei), ou em outras palavras, o já mencionado conceito de esgotamento prévio das possibilidades de sentido de um texto. Para o filósofo, “a busca das cláusulas corretas repousa, antes, numa decisão própria criativa, complementária ou aperfeiçoadora do direito”.

Lenio Streck³³² critica com furor a teoria defendida por Alexy, iniciando pela distinção que faz o jurista alemão sobre a forma como serão decididos os casos fáceis e os casos difíceis. Essa dicotomia *easy-hard cases*, basicamente consiste no fato de que, os chamados *easy cases* são resolvidos através de meras deduções/subsunções, ao passo que, nos *hard cases*, essa fórmula não seria aplicável por serem questões que não podem ser decididas por razões consideradas exclusivamente a partir do Direito. Ou seja, o intérprete deve pautar-se a partir de diferentes razões que não propriamente aquelas extraídas do Direito, a exemplo das considerações de justiça, que por pertencerem ao campo de razões morais, a moral prevaleceria para uma tomada de tal decisão. Dessa forma, frente à insuficiência do Direito para responder ao caso concreto, aquele que aplica o Direito ficaria liberado a buscar respostas em argumentos de conveniência, costumes e justiça, que são, no fundo, questões morais. A ponderação de

³²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 163-164.

³³⁰ *Ibid.*, p. 164-165.

³³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução Enio Paulo Gianchini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 497.

³³² STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 51-52.

Alexy, portanto, “tentaria esconder, sob o véu da racionalidade, um subjetivismo que primeiro escolhe e depois, retoricamente, encontra uma pretensa justificação.”

A técnica da ponderação de princípios – e a própria divisão estrutural *easy-hard cases* – se apresenta frágil, conforme assevera Lenio Streck³³³, diante de três pontos centrais: (i) pela ampla abertura para aplicação de critérios discricionários pelo julgador; (ii) pelo fato de que, ainda que se trilhe adequadamente todas as etapas definidas por Alexy na resolução dos *hard cases*, a norma de direito fundamental atribuída – resultado da ponderação – criará uma regra que, ao fim e ao cabo, será aplicada ao caso concreto mediante subsunção – método primaz na resolução também dos *easy cases*; (iii) não se pode pensar em uma espécie de institucionalização de casos fáceis e difíceis, como se fosse possível colocar um divisor entre eles ou como se existissem casos fáceis e difíceis já de antemão demarcados. Portanto, quando o autor critica a posição de Alexy, mas ao mesmo tempo afirma não negar a existência de casos fáceis e difíceis, negando apenas a impossibilidade de uma institucionalização prévia entre eles, parece ser uma postura correta sobre o assunto.

Traçado o panorama acerca da ponderação – ainda que de forma superficial -, cuja definição e problematização são de fundamental importância para uma correta compreensão acerca do princípio da proporcionalidade, que é o ponto nevrálgico para que se possa tomar partido pela possibilidade ou impossibilidade de que uma prova ilícita possa ser utilizada no processo, é necessário demonstrar que haverá situações em que, inevitavelmente, uma prova ilícita poderá ser a única maneira de tutelar direitos fundamentais tão ou mais importantes que o direito que tenha sido violado com a obtenção da prova ilegal.

Ao negar eficácia às provas ilícitas no processo, a Constituição realizou inequívoca ponderação entre a proteção do direito material e o direito à descoberta da verdade no processo. No entanto, conforme já se viu, quase todos os ordenamentos jurídicos que acolheram a proibição da utilização da prova ilícita foram obrigados a admitir exceções com o intuito de realizarem igualmente outros valores dignos de proteção. Desta forma, no âmbito do Processo Civil, a ponderação realizada pela Constituição não exclui eventual necessidade de uma segunda ponderação entre o direito afirmado em juízo pelo autor e o direito violado pela prova ilícita, considerando-se os diversos bens passíveis de proteção e discussão. Destarte, negar a necessidade dessa segunda ponderação importa em negar antecipadamente tutela jurisdicional a uma das partes. Essa ponderação deve ser realizada em concreto pelo juiz a fim de cotejar a

³³³ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 71-78.

relevância dos valores e dos interesses em jogo, a fim de aferir a proporcionalidade do emprego da prova para proteção do direito afirmado em juízo.³³⁴

Já no âmbito do Processo Penal, há proibição absoluta de emprego de prova ilícita para corroborar alegações da acusação. O direito de permanecer calado e a presunção de inocência denotam a prevalência constitucional do direito de liberdade do acusado em face da pretensão punitiva do Estado - daí a proibição absoluta de prova ilícita em favor da acusação no Processo Penal. De outra banda, a favor da defesa é possível pensar no emprego de prova a princípio ilícita, porquanto a proeminência do direito à liberdade diante do Estado justifica a sua utilização.³³⁵

Teresa Armenta Deu³³⁶ afirma que o Estado não pode renunciar a sua função de garantidor de direitos, especialmente aqueles elevados à categoria de direitos fundamentais. Todavia, é claro que parte da justificação do Estado consolidar o conteúdo dos direitos fundamentais, organizar sua realização ou sancionar sua violação, bem como da obrigação negativa de respeitá-los ajustando o exercício do seu próprio poder a limites e formas específicas. Nessa quadra, a tutela dos direitos fundamentais e a limitação de qualquer deles deve ser realizada salvaguardando-se um conjunto de garantias que, no caso dos direitos fundamentais, exatamente por carecerem de um caráter absoluto, pode legitimar ou não a prevalência sobre outros fins. A análise dos diferentes requisitos e pressupostos que devem estar presentes na hora de uma limitação legítima a um direito fundamental atuará como critério relevante no julgamento ponderativo correspondente sobre as necessidades de tutela do direito fundamental afetado pela ilicitude.

Antes de analisar o posicionamento do STF sobre o tema, cumpre frisar que o princípio da proporcionalidade não pode ser utilizado, sob nenhuma hipótese, como álibi para se autorizar a tortura ou a coação. Entende-se, dessa forma, que qualquer prova que tenha sido obtida mediante tais violações à dignidade da pessoa humana, não poderá ser objeto de sopesamento ou exceções de qualquer natureza, ainda que se pense em preservar outro direito digno de tutela.

³³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 659.

³³⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 588.

³³⁶ DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 97.

André Callegari e Raul Linhares³³⁷ exemplificam a questão com a hipótese de um terrorista ser capturado por autoridades policiais, que descobrem que o criminoso tem devidamente instalada em um local da cidade uma bomba relógio. Para grande parte da doutrina, e provavelmente por uma esmagadora parcela da sociedade em geral, seria admissível a tortura desse criminoso visando a preservação de um “fim maior”, que seria o salvamento de inúmeras pessoas que seriam atingidas com a explosão. No entanto, essa não é a saída encontrada pelos autores.

Por mais que se admita que o atentado possa ser evitado mediante a prática da tortura ao terrorista, o resultado benéfico apenas é verificado de maneira imediatista. Isso porque, os custos da tortura, independentemente da sua finalidade imediata, serão sentidos ao longo do tempo, mediante o progressivo aumento da aceitação de tal prática, pela desvalorização do ser humano e do respeito incondicional ao outro e pela eventual exposição de inocentes à prática dessa bárbara violência. Desta forma, o chamado estado de necessidade, para que seja aplicável, deve ser analisado em um contexto global, avaliando-se tudo que está em jogo.³³⁸ Desta forma, o posicionamento defendido pelos autores é o que parece mais adequado e o que melhor preserva a dignidade da pessoa humana.

Transcendendo essa questão, no sentido de que a prova obtida mediante tortura ou coação jamais poderá ser objeto de ponderação e, tampouco, aceita no processo, bem como devidamente verificado o posicionamento doutrinário sobre o princípio da proporcionalidade e sua vinculação com as provas ilícitas, cumpre trazer à baila algumas decisões do STF em que a Suprema Corte utilizou a proporcionalidade para ponderar princípios em colisão:

Habeas corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo Magistrado de 1.º grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. 4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido.³³⁹

³³⁷ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo: entre a guerra ao terror e a construção da paz em casos extremos como o da ticking time bomb. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 125, p. 279-304, nov. 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/30076278/O_combate_ao_terrorismo_entre_a_guerra_ao_terror_e_a_constru%C3%A7%C3%A3o_da_paz_em_casos_e_xtremos_como_o_da_ticking_time_bomb>. Acesso em: 8 jul. 2017.

³³⁸ *Ibid.*, p. 279-304.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas corpus nº 96056/PE*. Impetrante: Ademar Rigueira Neto e outros; Paciente: Jacinto Monteiro Dias e outros; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 28 de junho de 2011. Publicado no DJe em: 8 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=96056&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

O julgado referente à ementa acima transcrita, demonstra que a garantia constitucional de inviolabilidade dos dados e das comunicações, que visa a preservar o direito à intimidade, entra em conflito com a possibilidade de sua devassa nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, situação que somente poderia ser autorizada em caráter excepcional e por ordem judicial devidamente fundamentada. Diante desse choque de princípios constitucionais, houve, por parte do STF, uma análise acerca da legitimidade da medida que determina a quebra do sigilo, a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade. O pano de fundo acerca da (i)legalidade da devassa de dados no caso concreto, concerne à necessidade de fundamentação judicial que autorize a quebra da regra geral, que é o sigilo e a preservação da intimidade.

A discussão acerca da ilicitude da prova gira em torno do fato de que, o órgão jurisdicional que admitiu a quebra do sigilo teria o feito com base tão somente nas razões expostas pelo *parquet*, situação que afrontaria o dever de fundamentação das decisões judiciais. Diante de tal fato, o Ministro Relator Gilmar Mendes esclareceu que essa mera referência ao parecer do Ministério Público “não passa pelo crivo da proporcionalidade, na medida em que não apresenta motivação idônea para fazer ceder a essa situação excepcional de ruptura da esfera da intimidade de quem se encontra sob investigação.”

Desta forma, parece acertada a decisão do Relator, a qual fora acompanhada de forma unânime pelos demais Ministros presentes na sessão, pois se a Constituição Federal estabelece (art. 93, IX) que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”, uma prova que tenha sido admitida sem a devida observância de tal regra, é desvestida de eficácia jurídica, constituindo, portanto, prova ilícita, que deve ser desentranhada do processo.

Já se analisou também, a diferença entre as gravações clandestinas e as interceptações telefônicas, sendo esta última caracterizada quando um terceiro, que não participa do diálogo, intercepta comunicação alheia. A respeito de tal diferenciação, o STF já se posicionou sobre o tema, entendendo que, quando há uma gravação clandestina (realizada por um dos interlocutores), não há ferimento à inviolabilidade do sigilo:

PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa

ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.³⁴⁰

No caso julgado acima referido, entendeu a Suprema Corte que quem revela conversa da qual foi partícipe, não subtrai o sigilo à comunicação. Nos termos do voto do Ministro Relator Cezar Peluso, embora a gravação seja clandestina, ela não é ilícita, tampouco é ilícito o seu uso como prova no processo. O que estaria sendo protegido pelo artigo 5º, XI da CF, seria a comunicação, e não os dados em si, haja vista que a troca de informações (comunicação) é que não poderia ser violada por sujeito estranho.

Embora se concorde com o julgamento final atribuído ao caso, no sentido de não ser ilícita a gravação telefônica realizada por um dos interlocutores, entende-se que os fundamentos da decisão estão equivocados, e isso pode ser afirmado com base em diversas premissas até aqui estudadas. O primeiro ponto que merece ser refutado neste estudo de caso, concerne à afirmação do Relator no sentido de que, seriam excepcionais as situações em que preponderaria a exigência de proteção da intimidade ou de outra garantia da integridade moral da pessoa humana. E prossegue o Ministro: “nenhuma consideração pode sobrepor-se à divulgação do relato de conversa telefônica, cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade e, pois, da tutela de direito subjetivo do proponente, ou ao resguardo do interesse público [...]”.

Além disso, o Ministro Cezar Peluso embasa o seu voto com a utilização de fundamentos buscados em um julgado do STJ (REsp nº 9.012/RJ), de lavra do Ministro Nilson Naves, que assim afirmou: “Entre os valores de proteção da intimidade das pessoas e de busca da verdade nos processos, qual o valor mais nobre? A meu ver, o que diz respeito à verdade. Foi-se o tempo em que o Processo Civil se contentava com a verdade formal.” E prossegue o Ministro do Tribunal Superior: “À semelhança do Processo Penal, o civil também há de se preocupar com a verdade material. Chega-se à verdade através da prova, cujo ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”.

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Recurso extraordinário nº 402.717-8/Paraná*. Recorrente: Ministério Público Federal; Recorrido: Davi Makarausky. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 2 de dezembro de 2008. Publicado no DJe em: 13 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=402717&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 maio 2017.

Não se pode admitir, que em um Estado Democrático de Direito, argumentos como esse possam ter algum peso, e o pior, possam fundamentar decisões judiciais das Cortes Superiores. O que pretende o Ministro, ao fim e ao cabo, é autorizar a produção de provas ilícitas, se for para o atingimento da “verdade real”. Já se escreveu muito nesse trabalho sobre essa ficção, motivo pelo qual, para evitar-se desnecessária tautologia, não se entrará novamente no ponto, restando consignado apenas que os argumentos tecidos no acórdão estão completamente distorcidos e demonstram uma inversão de valores, porquanto o Ministro Relator trata a exceção como se regra fosse, e vice-versa. Não parece difícil perceber que, a proteção da intimidade é um dos pilares da Constituição Federal e, qualquer decisão judicial que pretenda relativizá-la, somente poderá ser tomada em caráter excepcional e mediante a observância de diversos requisitos.

Analisando os julgados trazidos neste capítulo, observa-se que o Processo Penal realmente é mais fértil para a incidência de questões envolvendo as provas ilícitas e a proporcionalidade, principalmente em face de situações em que a liberdade do réu pode ser tutelada e garantida em razão da admissão de determinada prova³⁴¹. No entanto, não se pode olvidar que o processo civil não lida apenas com direitos patrimoniais, podendo se pensar em situações gravíssimas que não estão na órbita do Processo Penal, como por exemplo, questões envolvendo direito de família e o próprio interesse de menores, como é o caso do acórdão de julgamento do Recurso Extraordinário nº 85.439/RJ³⁴², em que o STF entendeu que a interceptação telefônica realizada pelo marido traído, ao arrepio de sua esposa, caracterizava-se prova ilícita.

No aludido recurso, a esposa buscou o desentranhamento da prova obtida por meio ilícito, que fora juntada ao processo em que se buscava a sua condenação, por ter sido denunciada por tóxico. Basicamente, o marido traído descobriu, diante da interceptação telefônica, que quando viajava, a esposa ministrava Lexotan às filhas para facilitar seu

³⁴¹ Nesse sentido, leciona Sérgio Seiji Shimura: “No campo penal, imagine-se a hipótese de o réu, para provar a sua inocência, venha a violar a correspondência alheia ou interceptar a conversa telefônica entre terceiros, caso em que se poderia cogitar na mitigação da proibição da prova ilícita. Também a admite quando a prova (ilícita) não seja o único fundamento nem o principal para o acolhimento ou rejeição do pedido.” SHIMURA, Sérgio Seiji. Princípio da proibição da prova ilícita. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de, LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008. p. 264.

³⁴² PROVA CIVIL. GRAVAÇÃO MAGNETICA, FEITA CLANDESTINAMENTE PELO MARIDO, DE LIGAÇÕES TELEFONICAS DA MULHER. INADMISSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL, POR NÃO SER MEIO LEGAL NEM MORALMENTE LEGITIMO (ART. 332 CPC). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Recurso extraordinário nº 85.439/Rio de Janeiro*. Recorrente: Maria Elena Marques de Carvalho Rocha; Recorrido: Fernando Mello de Carvalho Rocha. Relator: Xavier de Albuquerque. Julgado em: 11 de novembro de 1977. Publicado no DJe em: 02 de dezembro de 1977.

relacionamento espúrio, e diante de tal conduta, a esposa foi penalmente denunciada.³⁴³ Essa decisão que entendeu que a prova era ilícita, parece correta do ponto de vista dos direitos fundamentais, considerando-se que a pretensão punitiva do Estado não pode se sobrepor ao direito à privacidade.

No entanto, se o caso concreto fosse alterado, a exemplo do que fizeram Marinoni e Arenhart³⁴⁴, pensando-se em uma ação de alteração da guarda dos filhos (em vez de uma ação penal para punir a esposa pelo crime de tóxicos), a resposta necessariamente deveria ser outra - com base no princípio da proporcionalidade -, tendo em vista que “a ponderação não é entre a descoberta da verdade e o direito violado pela prova, mas sim entre o direito material que se deseja tutelar na forma jurisdicional e o direito material violado pela prova ilícita”. Em outras palavras, “dizer que a descoberta da verdade não pode ocorrer através de prova ilícita não é o mesmo que afirmar que um direito fundamental material não pode ser por ela demonstrado. O uso da prova ilícita poderá ser admitido segundo a lógica do postulado da proporcionalidade.”³⁴⁵

Pode-se dizer, portanto, que o problema da prova obtida por meios ilícitos reside no próprio conceito de prova que se adota, que se analisada no seu sentido objetivo, de valorização do meio, automaticamente se extrairá a ideia de proibição, porque se ilícito é o meio,

³⁴³ O exemplo trazido é devidamente esmiuçado por Marinoni e Arenhart: ““I - A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava 'Lexotan' às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. II – Embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5º da CF (HC 3.982/RJ), rel. Min. Adhemar Maciel, DjU26.02.1996), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa ao arpejo de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5º, X)”. A relevância desse julgado está em permitir a análise de diversas situações relacionadas com a prova ilícita. No caso, a prova ilícita pode ser i) ligada à pretensão punitiva do Estado, posta na ação penal por uso de tóxicos ii) vinculada ao direito do marido à desconstituição do casamento; e, por fim, iii) analisada em relação à proteção das menores que vinham sendo intoxicadas pela própria mãe através do remédio "Lexotan". Se aceitarmos a tese de que a norma que proíbe a prova ilícita já ponderou tudo o que havia a ponderar, estaremos, forçosamente, impedidos de considerar as hipóteses referidas de maneira distinta. Porém, se imaginarmos essa prova diante de uma ação de alteração da guarda dos filhos, seria pouco mais do que perverso negar a sua eficácia para a proteção dos menores. Ora, o Estado, além de ter de se preocupar com os direitos fundamentais que a prova ilícita pode violar, não pode esquecer a dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que podem depender, diante de certo caso concreto, da prova ilícita. Porém, o que mais importa é sublinhar que a norma constitucional apenas ponderou o direito à descoberta da verdade e a efetividade do direito material violado pela prova. Se o direito à descoberta da verdade está intimamente vinculado à pretensão punitiva estatal, deixando claro que a Constituição preferiu evitar que a atividade estatal fosse exercida de modo abusivo, ainda que alguns criminosos pudessem não ser condenados, não há dúvida que também ocorreu, diante do processo penal, uma segunda ponderação, preferindo-se o direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 306-307.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 305.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 307.

igualmente ilícito será o seu conteúdo. O que se busca proteger aqui é a segurança jurídica em detrimento da justiça do caso concreto. De outra banda, se a prova for pensada a partir de seu critério subjetivo, valorizando o conteúdo e a convicção, somente o meio será ilícito, mas não o seu conteúdo.³⁴⁶

Nessa quadra, Darci Ribeiro³⁴⁷ esclarece que, “se o conteúdo vale, porque valorizado o critério subjetivo, é possível aceitá-lo, desde que haja algo mais ilícito que o meio utilizado para a obtenção da prova”. E prossegue o autor, afirmando que, nesse caso, “se protege o valor justiça do caso concreto, em detrimento da segurança jurídica. Só dessa maneira é possível adotarmos a teoria da proporcionalidade”. Portanto, conforme já referido anteriormente, um problema de tamanha envergadura não pode ser resolvido com fórmulas apriorísticas ou teorias extremadas, pois haverá situações que nem a mais completa das legislações poderá antever uma resposta adequada sem a atuação do intérprete.

Destarte, a regra é que a prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional, contudo, essa vedação pode ser abrandada para acolher a prova ilícita em casos excepcionalmente graves, “se a sua aquisição puder ser sopesada como a única forma, possível e admissível, para o abrigo de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso.”³⁴⁸

Contudo, deve-se frisar novamente que, jamais poderá haver qualquer excepcionalidade de admissão de prova ilícita, quando o objetivo de sua utilização for a punição de condutas infratoras. A pretensão punitiva estatal não pode se manter incólume se, para isso, for necessário lesionar injustificada ou desproporcionalmente os direitos, sejam os de conteúdo material (direito à inviolabilidade de domicílio e às comunicações, à integridade física, à liberdade), como os que determinam o caráter justo e equitativo do processo (contraditório, ampla defesa, direito de utilizar os meios de prova pertinentes). Esses grupos de direito atuam de maneira diversa, pois o primeiro limita, como regra, a atuação do Estado na obtenção das fontes de prova, ao passo que o segundo, costuma atuar no sentido de limitar a admissão dos

³⁴⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 65.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 65.

³⁴⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 278. No mesmo sentido leciona Ada Pellegrini Grinover: “A teoria hoje predominante da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem admitido a prova ilícita, baseando no equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.” GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 115.

concretos meios de prova no processo, sendo certo que, ambos os grupos, desde suas respectivas perspectivas, legitimam o Estado de Direito.³⁴⁹

³⁴⁹ DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 28.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida para compor a dissertação teve por objetivo analisar, de forma ampla, diversas questões relacionadas com o Direito probatório e sua aplicabilidade no âmbito processual. Ainda que o foco da pesquisa tenha sido fixado no Processo Civil, é inegável que diversas ideias e construções doutrinárias possuem plena aplicabilidade também na esfera do Processo Penal, motivo pelo qual utilizou-se fundamentos de ambas as áreas para a criação do alicerce que estruturou o trabalho, ainda que com a prevalência de autores do Direito Processual Civil.

Buscou-se, desde o início do trabalho, a delimitação dos objetivos almejados e das premissas necessárias para uma correta compreensão do tema, que finca raízes nas provas ilícitas e na (im)possibilidade de sua utilização no processo. Para que se pudesse compreender a complexidade que envolve a ilicitude probatória, foi necessário, de forma primordial, entender que a função da prova no processo é a busca da verdade, no entanto, como intuitivo, necessário foi também compreender as diversas teorias e mitos que circundam a temática da verdade, afastando, ao longo do caminho trilhado, conceituações retrógradas que apenas enfraquecem o Direito. Somente a partir dessa *limpeza conceitual*, é que se permitiu progredir em relação ao objetivo proposto, fazendo a necessária vinculação entre verdade, prova, processo e decisão judicial.

Inegavelmente, para que a atividade probatória possa atingir toda a sua envergadura e efetivamente cumprir com o seu papel democrático na sociedade, exercendo a função que lhe atribuiu a Constituição, criou-se um arcabouço teórico que evoluiu desde a definição de verdade - que parece a mais adequada dentre as diversas teorias coexistentes - e sua relação teleológica com a prova, passando-se por diversas problematizações que envolvem o Direito probatório e, finalmente, chegando-se ao ponto nevrálgico da pesquisa, que é a ilicitude probatória.

Procurou-se, inicialmente, desmitificar a clássica dicotomia que de há muito se apresenta na doutrina (verdade real vs. verdade formal). Analisar essa suposta diferenciação existente entre verdade real e verdade formal pode parecer um ideal meramente acadêmico e sem qualquer resultado prático para o processo, no entanto, quando se percebe que diversas decisões judiciais são justificadas com base nesses argumentos, a importância de se impedir que esses conceitos permaneçam sendo defendidos se mostra evidente. Distinguir a verdade material/real da verdade formal, ou ainda, a verdade do Processo Penal com a verdade do Processo Civil, são atividades que não possuem qualquer serventia, pois a verdade

simplesmente existe ou não existe, o que irá variar é o conhecimento do ser humano sobre ela, que poderá estar certo ou errado, no entanto, essa incompletude do conhecimento não possui qualquer relação com o fato ser ou não verdadeiro.

Estabelecida a ideia que parece ser a mais adequada acerca da verdade, bem como devidamente demonstrada a relação existente entre prova e verdade, buscou-se, em um segundo momento, analisar a cooperação processual e seus influxos, tanto na produção probatória como nas decisões judiciais. Na mesma linha, a partir das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, se estudou os limites de atuação do juiz na produção de provas de ofício, a figura do ativismo judicial, a valoração da prova, o dever de fundamentação e a necessidade de que as decisões judiciais sejam baseadas em princípios.

Por fim, o problema central estabelecido na dissertação foi devidamente trabalhado no capítulo final, momento em que se pôde constatar que o direito fundamental à prova não é ilimitado nem absoluto, e que muitas vezes o processo abre mão da descoberta da verdade visando a proteção de direitos consagrados pela Constituição Federal. A verdadeira problemática, portanto, relaciona-se com a possibilidade de que, excepcionalmente, uma prova seja produzida com violação de direitos, e quais critérios devem ser, para tanto, observados. Esse é o problema que se pretendeu resolver, ou, ao menos, encontrar uma resposta adequada à luz da Constituição Federal.

Conforme exaustivamente referido ao longo da dissertação, o ativismo judicial que almeje relativizar/tolher direitos fundamentais deve ser combatido de forma veemente. Contudo, não se pode ignorar o fato de que, surgirão casos tão complexos no Direito, que não será possível encontrar uma resposta pré-concebida na legislação, e é justamente nesses casos excepcionais que o princípio da proporcionalidade poderá servir como um eficaz instrumento de controle e de tutela dos direitos.

As hipóteses apresentadas desde o projeto de pesquisa - que acompanharam a dissertação ao longo de todo o caminho trilhado -, devidamente corroboradas por farta pesquisa bibliográfica (nacional e estrangeira), apenas comprovam a dificuldade existente em se tomar partido pela admissibilidade ou inadmissibilidade absoluta da prova ilícita no processo, bem como a inexistência de pacificidade sobre o tema, tanto no âmbito doutrinário como no âmbito jurisprudencial. Nesse sentido, embora a norma constitucional proíba a utilização das provas ilícitas no processo, não se pode fechar os olhos para o fato de que, muitas vezes, haverá a necessidade de se proteger direitos fundamentais mediante a violação de outros direitos que possam ser considerados de menor valor perante o ordenamento jurídico. E tal fato não se

confunde, por exemplo, com uma violação de direitos para que o Estado exerça sua pretensão punitiva, ou então para que se atinja a verdade sobre determinada alegação de fato. Para essas finalidades, a prova ilícita jamais poderá ser admitida.

O que parece mais sensato, é que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas permaneça inalterada, por razões que foram amplamente trabalhadas ao longo da pesquisa. Contudo, defender de maneira absoluta uma das teorias radicais pode acabar por deixar desamparado eventual direito resguardado pela Constituição. Dessa forma, a hipótese que parece melhor se enquadrar para resolver o problema, é a teoria intermediária, que admite, de forma totalmente excepcional, uma prova ilícita no processo, mediante a observância rígida e concomitante de determinados requisitos.

É possível concluir, diante do que até aqui foi analisado, que o problema objeto da pesquisa não pode ser respondido com fórmulas apriorísticas ou posicionamentos extremados. Em face da delicadeza do tema, diversos conceitos e teorias podem ser excepcionalmente flexibilizados, podendo-se dizer que, em casos extremos, a admissão de provas ilícitas no processo somente poderá ocorrer quando (i) o fato não puder ser comprovado por outro meio, (ii) o direito violado não guardar relação com condutas e tratamentos desumanos/degradantes, coação e tortura, (iii) houver um direito fundamental a ser tutelado através da referida prova, (iv) for verificado que existe a possibilidade de limitação ao direito violado e (v) houver uma efetiva análise do modo com que a prova ilícita determinou a violação do direito, procedendo-se aos três exames fundamentais: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito – a estrutura de controle de três níveis que compõe o princípio da proporcionalidade.

Portanto, a ampla análise realizada sobre o problema estabelecido, não possui a pretensão de conduzir à emissão de conclusões definitivas, até porque, isso iria de encontro a grande parte do que foi defendido ao longo da pesquisa. Se a própria ciência está sempre sujeita a encontrar novas verdades, e se o que foi considerado verdadeiro ontem pode não o ser mais hoje, a conclusão a que se chega não pode pretender dar uma resposta definitiva e imutável para todos os questionamentos que possam surgir, no entanto, a hipótese defendida é a que parece mais adequada à luz da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora online. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 251, p. 161-173, jan. 2016.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo código civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ARBEX, Fabricio Cobra. Breve análise sobre a busca e apreensão na lei 8.884/1994, a interpretação conforme a constituição federal e o princípio da proibição da prova ilícita. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 19, p. 45-65, jan./jun. 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. [S.l.], 2005. Disponível em: <https://www.academia.edu/305683/%C3%94nus_Da_Prova_E_Sua_Modifica%C3%A7%C3%A3o_No_Processo_Civil_Brasileiro>. Acesso em: 08 abr. 2017.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. [S.l.]: [s.n.], Livro I, 1098b10.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969. Livro IV, 7, 1011b25.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2003.
- BADARÓ, Gustavo. As propostas de alteração do regime das provas ilícitas no processo penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 277, dez. 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5676-As-propostas-de-alteracao-do-regime-de-provas-ilicita-s-no-processo-penal>. Acesso em: 24 jun. 2017.
- BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas corpus n° 106566/SP*. Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outros; Paciente: Daniel Valente Dantas; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 16 de dezembro de 2014. Publicado no DJe em: 19 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas corpus n° 93.050/RJ*. Impetrante: Gustavo Eid Bianchi Prates; Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 10 de junho de 2008. Publicado no DJe em: 01 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=93050&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas corpus n° 96056/PE*. Impetrante: Ademar Rigueira Neto e outros; Paciente: Jacinto Monteiro Dias e outros; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 28 de junho de 2011. Publicado no DJe em: 8 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=96056&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Recurso em habeas corpus n° 90.376/RJ*. Recorrente: Sérgio Augusto Coimbra Vial; Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 3 abr. 2007. Publicado no DJe em: 18 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2477221>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Recurso extraordinário n° 402.717-8/Paraná*. Recorrente: Ministério Público Federal; Recorrido: Davi Makarousky. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 2 de dezembro de 2008. Publicado no DJe em: 13 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=402717&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Recurso extraordinário n° 85.439/Rio de Janeiro*. Recorrente: Maria Elena Marques de Carvalho Rocha; Recorrido: Fernando Mello de Carvalho Rocha. Relator: Xavier de Albuquerque. Julgado em: 11 de novembro de 1977. Publicado no DJe em: 02 de dezembro de 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso extraordinário n° 603616/RO*. Recorrente: Paulo Roberto De Lima; Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 5 de novembro de 2015. Publicado no DJe em: 10 de maio de 2016.

BUFFON, Marciano. Interpretação das normas tributárias: a hermenêutica filosófica como alternativa para o rompimento com o paradigma racionalista. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo civil moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 126, p. 68, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. t. 1.

CALLEGARI, André Luís. Não é possível algo ilícito ser obtido de boa-fé. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 20 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-20/andre-callegari-nao-possivel-algo-ilicito-obtido-boa-fe>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo: entre a guerra ao terror e a construção da paz em casos extremos como o da ticking time bomb. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 125, p. 279-304, nov. 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/30076278/O_combate_ao_terrorismo_entre_a_guerra_ao_terror_e_a_constru%C3%A7%C3%A3o_da_paz_em_casos_extremos_como_o_da_ticking_time_bomb>. Acesso em: 8 jul. 2017.

CAMBI, Eduardo. Conduta processual das partes (e de seus procuradores) como meio de prova e a teoria narrativista do direito. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Eduardo_Cambi.html>. Acesso em: 16 maio 2017.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, § 01º e 02º do NCPC. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Oscar Valente. O direito à prova como um direito fundamental. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 74, p. 64-75, maio 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral: o conceito jurídico da prova*. 2. ed. Tradução Amilcare Carletti. São Paulo: Pilares, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. 5. ed. Tradução espanhola Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959. v. 1.

CARVALHO, Marcia Cunha Silva Araujo de. Prova ilícita. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 801, p. 953-978, jul. 2002.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução espanhola José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925.

CIANCI, Maria; QUARTIERI, Rita. A dinamização da produção probatória, como nova técnica instrutória e em face da fazenda pública. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti*. [S.l.], 19 mar. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 18 out. 2016.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar, 1948. t. 1.

CRESCI SOBRINHO, Elcio de. *Dever de veracidade das partes no processo civil: aspectos do novo código de processo civil*. São Paulo: Jurid Vellenich, 1975.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual no novo CPC pode incrementar o ativismo judicial. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 2 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-02/cooperacao-processual-cpc-incrementar-ativismo-judicial>>. Acesso em: 06 maio 2017.

DEMARI, Lisandra. Juízo de relevância da prova. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo Direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia arcaica*. Tradução Andréa Daher. Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 1988.

DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 2.

DIDIER JR., Fredie. *Editorial 45*. Amaralina, 12 ago. 2008. Disponibilizado em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3

DOXSEY, Sônia Rabello. Resguardo à intimidade, prova do adultério e a nova Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 57, p. 102-108, jan./mar. 1990.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia, 1976. t. 1.

EXCEÇÃO. In: DICIONÁRIO Aurélio de português online. [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/excecao>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FREIRE, Alexandre (Coord.). STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução Enio Paulo Gianchini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCÍA, Juan Pablo Hurtado. El hombre: centro de su universo y de su verdad. Un acercamiento a la subjetividad en lacan y Schopenhauer. *Revista Affectio Societatis*, [S.l.], v. 9, n 17, p. 3-4, dez. 2012.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3.

GOMES, Gustavo Gonçalves. Deveres e poderes instrutórios do juiz no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 5.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GROTTI, Dinorá Musetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2005. pt. 1.

- JESUS, Damásio Evangelista de. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- JESUS, Garcia Lopez. *El valor de la verdade*. Murcia: Universidad de Murcia, 1961.
- JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícito no código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, p. 138-141, jul./set. 1986.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. Tradução J. Alves de Sá. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Macial Pons, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 194, p. 54-68, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 126, p. 76-78, 2005.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. 3. ed. Madrid: Imprenta de La Revista de Legislacion, 1877.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 145, p. 276-290, mar. 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORA, Fernando Escribano. *La prueba en el proceso civil*. San Salvador: Escuela de Capacitación Judicial, 2002.

MORA, Jose Ferrater. *Diccionario de filosofía*. 5. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964. t. 2.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*. [S.l.]. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/barbosa-moreira-jose-carlos-julgamento-e-onus-da-prova.html>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

MORELLO, Augusto M. *La prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Platense, 1991.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE-RS)*, Porto Alegre, v. 33, n. 70, p. 79-86, jul./dez. 2012.

PALACIOS, Juan José Monroy. *La tutela procesal de los derechos*. 2. ed. Lima: Palestra, 2004.

- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- PEREIRA, Valter. *Parecer nº, de 2010*. Da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550648>>. Acesso em: 07 jun. 2017.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: JMB, 1997.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- REICHELDT, Luis Alberto. A inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva do direito ao processo justo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 228, p. 99-122, fev. 2014.
- REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- REIS, Maurício Martins; MELLO, Rafael Corte. O novo código de processo civil e as (re)definições tópicas dos fatos independentes de prova e das máximas de experiência. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. Comentários aos arts. 5ª a 7º. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil (arts. 1º a 317)*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 31, n. 95, p. 71-87, set. 2004.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 5.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional*, [S.l.], v. 57, p. 11, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. Salvador: Juspodvim, 2016. v. 3.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. Princípio da proibição da prova ilícita. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de, LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Verdade e significado*. [S.l.], 2015. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 15 maio 2016.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz et al. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 23 dez. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 06 maio 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 70, p. 224, set./dez. 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. Deontologia do direito: “direito não pode ser corrigido por valores morais”. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 02 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 23 abr. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 13 ago. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 15 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 16 maio 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Novos (e velhos) mitos no direito: o problema da falsa abertura dos princípios ou “o que é ser positivista”? *In*: TELLINI, Denise Estrela (Org.) *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. O juiz soltou os presos; já Karl Max deixou de estudar e foi vender droga. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 21 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-21/senso-incomum-juiz-solta-21-karl-max-deixou-estudar-foi-vender-droga>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto? o constitucionalismo contemporâneo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 07 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 15 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Patogênese do protagonismo judicial em Terrae Brasilis ou de como “sentença não vem de sentire”. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Prova ilícita validada por boa-fé: lá se vai a criança com a água suja. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 08 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-08/prova-ilicita-validada-boa-fe-la-bebe-agua-suja>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. Como exorcizar os fantasmas do livre convencimento e da verdade real. *Consultor Jurídico – CONJUR*, [S.l.], 24 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-24/diario-classe-exorcizar-fantasmas-livre-convencimento-verdade-real>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual. *Revista dos Tribunais. RePro*, São Paulo, ano 34, n. 177, p. 160, nov. 2009.

TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México. v. 38, n. 114, p. 1285-1312, set./dez. 2005.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Traducción Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. Verdad negociada? *Revista de Derecho*, [S.l.], v. 21, n 1, p. 136-135, jul. 2008.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova ilícita no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TESHEINER, José Maria. Direitos fundamentais, verdade e processo. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Org.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 5.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 144, jun. 2009.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: S. A Fabris, 2004.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.